BIBLIOTECA SOCIOLÓGICA INTERNACIONAL

ALFREDO ANGIOLINI

Catedrático de la Universidad de Génova

DE LOS DELITOS CULPOSOS

(ESTUDIO SOCIOLÓGICO-JURÍDICO)

VERSIÓN ESPAÑOLA
DE
JOSÉ BUIXÓ MONSERDÁ

• Tomo I •

BARCELONA.—1905
Imprenta de Henrich y Comp.ª en c. — Editores
Córcega, 348

ADVERTENCIA

En el desenvolvimiento, según los principios de la escuela positiva de derecho penal, del importante y vasto tema de los delitos de culpa, he tenido presente, más que nada, la objeción tantas veces repetida de que los positivistas olvidan demasiado gustosamente las cuestiones jurídicas, ó las tratan con demasiada superficialidad.

Cuando se considera á la escuela positiva, como realmente debe considerársela, como el producto de dos corrientes que se encuentran y marchan unidas, la antropológica y la sociológica, puede entonces beberse en ella sin encontrarla nunca agotada; en la fuente viva de la moderna ciencia experimental, más bien reverdecen y reflorecen las viejas teorías jurídicas del derecho penal codificado, secas y marchitas en la actualidad.

Existe una cantidad de delitos que puede reunirse bajo la denominación de delitos de culpa, y entre éstos se encuentran acciones que ofrecen el mayor peligro, infracciones y lesiones que acarrean un grave daño y son una amenaza permanente para los co-asociados; sin embargo, ante estos delitos, la escuela clásica, con todas sus teorías, se encuentra impotente, y si de algún modo y en alguna parte quiere considerarlos y castigarlos, ha de contradecir con la práctica los principios que proclama verdaderos é inmutables.

Para responder á los fines altamente humanitarios y utilitarios que la escuela positiva se propone, ha de presentarse con un sistema defensivo verdaderamente eficaz y completo, y por esto no puede descuidar el delito de culpa, esa especie de crimen que aumenta con el industrialismo moderno, que toma nuevas formas con el progreso de nuestra civilización capitalista, que acusa una cifra espantosa hasta en aquellos países en que el delito en general ha decrecido continuamente y de un modo sensible.

Todo esto tuve presente en mi inteligencia al tratar la materia del delito de culpa, y me parece que la extensión y amplitud dadas al concepto de culpa, todas las aplicaciones jurídicas hechas con un criterio de la culpa moderno y positivista, el principio de la responsabilidad por imprudencia, negligencia é impericia integrándose con el de la responsabilidad colectiva del Estado, el tratado de temas importantísimos como los accidentes del trabajo y las enfermedades infecciosas, representan de un modo evidente, incontrastable, cuanto bueno y verdadero puede obtenerse de la teoría positivista en la prevención y reparación del delito de culpa.

Habituado como estoy á una crítica sin transigencias ni debilidades para las obras ajenas, sé advertir antes que otro alguno los lados defectuosos de mi trabajo, y quedaré contento si todos los estudiosos de las disciplinas penales que tengan la bondad de leer este libro quieren presentarme críticas y objeciones, ofrecerme datos y argumentos, exponerme en suma su pensamiento, para que si mi trabajo puede lograr la fortuna de una segunda edición, pueda conseguir á la vez la de mejorarse y tener en consideración la crítica serena y sincera.

ALFREDO ANGIOLINI.

Florencia, Abril de 1900.

INTRODUCCIÓN

El delito, como fenómeno eminentemente social en cuanto no puede concebirse fuera de la sociedad, es una cosa que insensiblemente, pero de un modo constante, cambia de aspecto y de forma, siente el influjo de los tiempos, de la civilización, del progreso. Así como cada estación del año da sus flores y sus frutos, así como en cada edad tiene el hombre pasiones y vicios diferentes que son característicos de aquella edad, de igual modo cada civilización tiene algunas formas de delincuencia que van desapareciendo como anticuadas, y tiene otras que adquieren cada vez más importancia y merecen por tanto mayor consideración. Así, el bandolerismo, el secuestro de personas, son delitos que, fáciles de perpetrar en otro tiempo, raramente se cometen hoy, especialmente en los países en que mayores conquistas ha hecho la civilización, al paso que los delitos de culpa, es decir, los que se producen por imprudencia, por negligencia, por impericia de alguien, los daños que se causan sin intención de dañar, aumentan por todas partes, de suerte que el número de las víctimas por delitos involuntarios va creciendo siempre considerablemente.

Por esto es natural que el estudioso deba descuidar hoy el examen de las formas de delito próximas á desaparecer, y que por el contrario haya de prestar la más cuidadosa atención á los delitos que predominan en nuestra sociedad, especialmente á los delitos de culpa, que hasta ahora habían olvidado por varias razones el criminalista y el legislador, toda vez que, según hemos indicado, la sociedad ha experimentado en esta segunda mitad de siglo tales transformaciones, que si el legislador hubiese querido verdaderamente proveer á las nuevas necesidades, habría tenido que olvidar todos los códigos vigentes hasta entonces, y elevar sobre bases bien diferentes y todas modernas así la ley penal como la civil.

Con efecto, para no salir de nuestro tema, en estos últimos tiempos la civilización se ha vuelto eminentemente industrial, y la industria progresa á fuerza de engranajes, de máquinas que facilitan la labor del operario de un modo maravilloso, pero que pueden resultar fatales cuando no se emplee la prudencia, cuando falte la atención más escrupulosa.

Centenares de trenes atraviesan cada día inmensas distancias llevando lejos millares y millares de viajeros, y sin embargo, un desperfecto casi imperceptible, un olvido, perdonable en otros casos y en otros tiempos, puede arrastrar los vagones al abismo, puede destrozar el convoy contra otro que se encuentre en la misma línea, y así un solo hecho culpable puede ocasionar en un día más víctimas que las que produjeron en otros tiempos los hechos culpables de un año.

Después, la máquina, que ha entrado en todas partes, en la grande y en la pequeña industria, trata hoy de suplantar y en muchos lugares ha suplantado ya hasta el trabajo seguro del agricultor, de donde

que la vida moderna pueda representarse como un inmenso engranaje que ha acelerado y aumentado prodigiosamente la producción y las ganancias, pero que está pronto á tragarse al que menos cauto trabaje alrededor de él, ó arrancarle un trozo de carne.

Desde el gas que se esparce invisible y explota de repente, desde la corriente eléctrica que mata á un individuo antes de que éste lo advierta, hasta el velocípedo que hoy es de uso tan frecuente y se echa encima del transeunte poco ligero, todo en nuestra sociedad puede ser causa y principio de delitos involuntarios á los cuales no debía la ley proveer en otro tiempo. «Las formas involuntarias de homicidio, decía muy bien Tarde (1), son las que especialmente se desarrollan y aumentan. Pensad en los nuevos casos de muerte, en las nuevas enfermedades que trae consigo cada nueva rama de la industria, cada paso de la pequeña á la grande industria, del trabajo aislado á la aglomeración, de la manufactura á la máquino-factura, en tantas nuevas maneras de matar y de matarse sin quererlo».

Es, pues, imposible que el legislador civil, que para probar la bondad de sus leyes se remonta al derecho romano y encuentra en el Digesto lo que hace falta para la época presente, imposible que el legislador penal, que tiene del delito un concepto fijado hace un siglo por Beccaria en su libro inmortal, consideren el hecho culpable de un modo científico y moderno y establezcan las sanciones que serían del caso.

Pero aun prescindiendo de esto, es fácil encontrar otras razones por las cuales el delito de culpa había de ser considerado benévolamente por el legislador antiguo, y descuidado y omitido por el nuestro.

---

(1) G. Tarde. *La criminalité professionelle,* en el *Compte-rendu des travaux du Congrès*, pág 78. Ginebra, 1897.

Nadie puede negar que las ideas cristianas primero y después el derecho canónico que hacía la aplicación de las principales ideas cristianas, han ejercido la mayor influencia en las modernas legislaciones. La teoría del libre arbitrio, que hasta entonces no había tenido más que apóstoles desparramados aquí y allí sin demasiados discípulos, se convierte casi en principio de fe sobre el cual no se debe discutir. La máxima canónica: *voluntas spectatur, non exitus*, se convierte en regla cardinal de las leyes penales. Con tales ideas filosóficas, con tales principios jurídicos dominantes, era difícil que el hecho culpable pudiese ser tomado en consideración, era imposible que se castigase como delito y que su autor fuese equiparado á un criminal. Donde hay dolo, hay la voluntad malvada del reo, que se determina al mal siendo así que podría hacer bien, y que es por lo tanto punible; pero donde solamente se encuentra culpa, tenemos una imprudencia, una negligencia, una impericia, que no pueden referirse á la libre voluntad del individuo, y que por consiguiente deben quedar impunes.

Si aun en épocas en que predominaba el derecho canónico se castigaron algunos delitos de culpa, ha de atribuirse en gran parte á la influencia — benéfica en este caso — del antiguo derecho romano. Este, como todos los derechos de los pueblos primitivos, consideraba el efecto y no la intención, el *éxitus* y no el *animus*, y semejante principio — nunca olvidado por el jurista que se inspiraba con admiración en el derecho de Roma — debió modificar la máxima sancionada por la Iglesia, que derivaba de una manera legítima de la teoría filosófica del libre arbitrio. Además, no ha de olvidarse que otras legislaciones, las germánicas — objetivas como la primera ley de Roma — se encontraron en contacto con el derecho que iba formándose en Italia, y si mucho debieron

acoger de nosotros, algo también consiguieron aportarnos.

El principio moral sancionado por el derecho canónico, es, pues, modificado en la ley, según claramente puede verse en algunos estatutos de los Comunes; pero quedó la idea dominante de que únicamente cuando hay una voluntad malvada y la intención de dañar, se tiene un hecho merecedor de sanción penal, un delito. Pueden los códigos, á medida que se aproximan á nuestros días — para obedecer á las imperiosas exigencias de la vida cotidiana, — tomar en consideración un número cada vez mayor de delitos de culpa, pero la conciencia jurídica y á menudo la conciencia popular, echada á perder por las ideas morales que en ella han dejado sedimento, consideran con benevolencia y con suavidad á los autores involuntarios de delitos, si es que no proclaman su impunidad. La idea que aun hoy está arraigada en la mente de los más por lo tocante á la responsabilidad, es la siguiente, expresada con lucidez por un filósofo modernísimo que, nótese, acepta en parte los principios positivistas: «El hombre no es siempre responsable de todas las acciones que ejecuta, sino que solamente lo es de las que lleva á cabo voluntariamente é *intencionadamente*, es decir, cuando quiere y sabe lo que hace... Sólo cuando el hombre tiene ante sí los diversos motivos y puede elegir entre éstos, pesando el pro y el contra de cada uno, sólo entonces es responsable de lo que hace, de suerte que la responsabilidad implica aquella libertad relativa que es reconocida hasta por el determinismo» (1). Ahora bien, es innegable que si para castigar se requiere la libertad relativa y la intención, el hecho culpable, el delin-

(1) Cesca. *La morale della filosofia scientifica*, pág. 12. Padua, 1886.

cuente involuntario, no pueden entrar en el número de los delitos y de los criminales.

La razón de que muchos delitos de culpa, entre los más graves y temibles, escapen á cualquiera penalidad, se comprende mejor aun cuando se considera que, en general, cada legislación tiene empeño en atacar la actividad patológica muscular más bien que la intelectual: en el homicidio quiere verse el cuchillo ó el revólver, la sangre, la víctima materialmente herida; en el hurto queremos ante nuestros ojos la cosa sustraída, y así, en la acción culpable, la relación entre la negligencia, la imprudencia, la impericia y el acontecimiento lamentable, ha de ser material, instantánea, palpable. Por el contrario, la criminalidad ha pasado en realidad del estado muscular al estado intelectual, y las presentes sanciones penales corresponden mal á su finalidad. Será castigado gravemente el homicida en riña, y escapará á toda sanción el brutal marido que, con sus continuas persecuciones, obliga á su esposa al suicidio; será castigado el pobre ladrón de fruta, y un hábil estafador saldrá absuelto del proceso que se le intente (1). Y, para tratar de los hechos culpables, se castigarán más á menudo — siguiendo esta idea completamente material — aquellos que no turban la conciencia pública, que se presentan con tantas excusas que aniquilan en sus autores toda responsabilidad. De este modo se castigará al que, manejando incautamente un fusil, mate á un pariente ó á un amigo querido, y no se pensará siquiera en conminar sanciones penales para el saltimbanquis que so-

(1) Sobre esta evolución de la delincuencia, véanse, entre otros, L. Bodio, *La delinquenza italiana nel* 1893, en la *Scuola positiva*, Septiembre 1895; E. Ferri, *Leçon d'ouverture du cours de sociologie criminelle*, Bruselas, 1895, y S. Sighele, *La delinquenza settaria*, pág. 19 y passim, Milán, 1897.

metiendo á ejercicios fatigosos y peligrosos á criaturas que todavía no han alcanzado su pleno desarrollo, las arruina en su salud y en su cuerpo.

Otro hecho tiene psicológicamente su importancia para comprender cómo el legislador se ha ocupado poco á poco en las sanciones penales para el delito de culpa. Las penas aflictivas, que dominan en el sistema represivo de nuestros días, aparecen en los hechos culpables, más que en otros algunos, inútiles, ridículas y de ninguna eficacia. ¿A qué enviaremos por algunos meses á la cárcel — se preguntan los jueces,—al ciclista que ha embestido al transeunte, á la nodriza que durmiendo ha ahogado al niño? Prefieren absolverles á condenarles á penas evidentemente inútiles.

Hay, por último, prejuicios de clase, de moral, que se oponen á que el legislador extienda hasta donde debería la esfera de los delitos de culpa.

Para evitar, por ejemplo, que el imprudente, el poco cuidadoso de la salud y de la integridad ajenas difundiese la enfermedad transmisible que le afecta, sería necesario imponer la obligación de denunciar ciertas enfermedades, de propalar los achaques de algunas personas, sancionar ciertas prohibiciones para ciertos enfermos peligrosos, cosas todas que no permite la ley presente, poco respetuosa de los intereses de la sociedad, y que más bien son contrarias á nuestras costumbres y á los principios de nuestra moral.

Para castigar bien las formas de delitos de culpa que predominan en nuestra sociedad, sería necesario que el legislador declarase la guerra á los propietarios, á los capitalistas, á los industriales, porque en el grande y complicado engranaje moderno, la responsabilidad de muchos lamentables hechos que no pueden atribuirse á la voluntad malvada de nadie, deben en realidad atribuirse á estos propietarios,

capitalistas é industriales, que en el ejercicio de sus empresas obran siempre con ligereza y con sórdido egoísmo. Pero la legislación tiende inconcientemente, por una fuerza natural, á proteger los intereses de las clases directoras, constituídas precisamente por aquellos industriales y por aquellos propietarios sobre los cuales recae la responsabilidad de muchos delitos de culpa.

Todas estas razones que brevemente hemos indicado, han hecho que el legislador no haya provisto á esta forma de criminalidad, completamente moderna y de tanta importancia, con aquellas normas preventivas y represivas que requerían y exigían los intereses de toda la sociedad.

Será necesario, pues, que al emprender el tratado del tema de los delitos de culpa, se considere el delito por el lado sociológico y no como ente jurídico tan sólo, que con la pena no se conexione significación alguna de deshonor y de desprecio, sino que se mantenga únicamente como un medio de defensa contra personas que presentan una temibilidad cualquiera; será necesario, por último, que procediendo sin prejuicio ético y jurídico de clase alguna, no olvidemos nunca los principios del positivismo y del utilitarismo moderno, no olvidemos nunca que tanto mejor se tutelan los intereses del particular, cuanto más se hace preponderar la colectividad sobre el individuo.

CAPÍTULO I

LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA CULPA

Antes de desenvolver nuestros principios sobre el delito de culpa, es útil y oportuno examinar brevemente las teorías de los principales juristas á propósito de este delito. Así veremos cuánta insuficiencia de principios directivos, cuánta escasez de aplicaciones se encuentran en sus obras.

Inmediatamente notaremos que si bien la mayor parte de los juristas piden, para obedecer á las necesidades de la práctica, el castigo de los delitos de culpa, fundan semejante castigo en la voluntad libre, en el libre arbitrio.

Verdaderamente, por los resúmenes que en las principales obras de derecho penal se encuentran sobre las teorías del delito de culpa, puede parecer que muchos criminalistas traen á este campo principios diferentes, originales y característicos; pero inmediatamente es preciso hacer notar que tales resúmenes están hechos de prisa y superficialmente, de suerte que las ideas de los autores quedan desfiguradas y no aparecen al lector tales como son realmente. Si en lugar de detenernos en la corteza, en alguna frase saliente, vamos á la médula y buscamos en los varios autores el fundamento y la finali-

dad de la pena en el delito de culpa, veremos que la diferencia no está más que en las exterioridades, en los detalles, que la sustancia es siempre la misma bajo diversas apariencias, y que por ejemplo no puede decirse — como, sin embargo, hacen Carrara (1) y muchos otros — que Mori y Paoli se fundan para pedir la punibilidad de la culpa en la excepción, Carmignani y De Simoni en la sospecha de dolo.

Es verdad, sin embargo, que Mori, para explicar que la culpa no esté en todo delito prevista y penada por los códigos, escribe que los delitos de culpa se castigan por excepción, idea que vuelve á encontrarse bosquejada en las obras de Pessina, de Brusa, y á las cuales hace claramente alusión Masucci cuando dice (2) «que la recriminabilidad de los delitos de culpa no debe ser la regla, sino la excepción»; pero en realidad el fin que Mori atribuye á la pena en el delito involuntario, es precisamente el mismo afirmado por Carrara.

«La culpa, escribe Mori (3), se castiga por causa del demérito implícitamente voluntario del agente descuidado é incauto, y para prevenir á la sociedad de otras ofensas inconsideradas, tanto del mismo agente, como de otros que tuviesen una propensión semejante á la negligencia». Y Carrara (4) repitiendo la misma idea nos dice: «El fundamento de la imputabilidad política de los delitos de culpa es análogo al de los hechos dolosos, ó sea un daño inmediato que concurre con el mediato. También por efecto de los hechos imprudentes siente el buen ciudadano aminorada la opinión de su seguridad, y el

(1) F. Carrara, *Programma*. Parte general, párr. 125.
(2) L. Masucci, *Il codice penale e italiano studiato*, fascículo 17, pág. 634, Nápoles, 1894.
(3) Mori, *Teoria del codice penale toscano*, párr. 50, Florencia, 1854.
(4) F. Carrara, ob. cit., párr. 126.

inclinado á ser imprudente saca de ellos un mal ejemplo.» Ambos criminalistas toscanos encuentran pues la voluntad en el delito de culpa: para Carrara, es un acto voluntario el tener inertes las facultades intelectivas, de modo que en el reo por imprudencia ó negligencia hay aquella falta de inteligencia y de voluntad de que también habla Hofrath Vahlberg; para Mori hay un demérito implícitamente voluntario: por lo tanto, la finalidad y el fundamento de la pena son para ambos precisamente los mismos.

Así De Simoni (1), á quien se atribuye la teoría bastante característica de la sospecha del dolo, hace alusión en su obra solamente á la finalidad «de quitar en cuanto es posible, los pretextos y los subterfugios para paliar y disfrazar una acción opuesta á las leyes y al bien público», pero sostiene que la primera razón de que se castiguen los delitos de culpa es «para obstar y prevenir el mal ejemplo que de ellos derivaría». Pero De Simoni no es un positivista que sostenga que los diversos móviles exteriores influyen en la psiquis del individuo; creyente en el libre albedrío, al querer prevenir el mal ejemplo da muestras, como Carrara, de juzgar que de la impunidad del delito de culpa sacaría mal ejemplo el inclinado á ser imprudente, y que es un acto voluntario tener inertes las facultades intelectivas.

Por otra parte, también Carmignani afirma con claridad que es preciso castigar la culpa por sospecha de dolo, que en la culpa *dolum suspicietur*, pero añade á renglón seguido: «*suspicio vim certitudinis numquam valet adipisci*», y al formular la definición de la culpa, sostiene que es una *voluntaria praetermissio* (2).

---

(1) De Simoni, *Delitto di mero affetto*, parte I, cap. XI.
(2) Carmignani, *Juris criminalis elementa*, párr. 100 y 163. Roma, 1829.

Por tanto, aun aquellos escritores á los cuales se atribuyen á propósito del delito de culpa teorías características, lo castigan como todos los demás con la mira de prevenir hechos semejantes, y suponen siempre como fundamento de la imputabilidad la voluntad libre del agente.

Esa mira y ese fundamento, los encontramos indicados en las obras de casi todos los penalistas más eminentes.

Nicolini escribe (1) que el hombre tiene una razón que prevé lo futuro, y por esto tiene el deber de calcular y de prever. Idéntico es el pensamiento expresado, con adiciones teológicas, por Ortolan: «Dios me ha dado la razón, escribe, para prever y para discernir, la libertad para no obrar más que cuando la razón ha examinado, de manera que soy responsable del mal uso y hasta del no uso de estas facultades cuantas veces me ha sido posible servirme de ellas.»

Para Berner (2) la espontaneidad en el delito de culpa consiste en la atención, á la que define: «impulso existente por sí, que da á la inteligencia una dirección determinada»; la atención es para él una actividad dependiente del espíritu, y por tanto, voluntaria es la omisión de la atención. Para Kleinschrod, á quien más que á los otros se atribuyen ideas originales, «depende de mi voluntad usar ó no de la debida diligencia, depende de mi arbitrio dirigir ó no mi voluntad cognoscitiva hacia un objeto determinado, de donde que si el delincuente doloso acciona con el vigor de su voluntad, el culpable acciona con la debilidad no usando la debida diligencia» (3).

---

(1) Nicolini, *Questioni di diritto*, vol. 11, pág. 186.
(2) Berner, *Grundlinien*, párr. 227.
(3) Kleinschrod, *Cenni sopra l'essenza e punizione de' delitti colposi*, en los *Scritti germanici* del Mori.

Haus (1) encuentra el carácter distintivo de la culpa «en la falta de aquella voluntad firme y permanente de que cada cual debe estar animado, de evitar todo aquello que podría perjudicar los intereses públicos y privados», y es seguido por Zuppetta (2) que ve en la culpa «un vicio del libre querer», vicio que gira alrededor del riesgo de la existencia del hecho.

Rossi (3), aun cuando no hable explícitamente de una voluntad en el delito de culpa, escribe que «el hombre obra con negligencia cuando antes de obrar desprecia el procurarse las enseñanzas necesarias para que su acción sea legítima», lo cual revela que si el agente culpable hubiese querido, el hecho perjudicial no habría tenido efecto. Y Brusa da muestras de compartir este pensamiento cuando dice (4): «La culpa no es imputable por un motivo empírico de utilidad; por el contrario, consistiendo en una voluntad que ha descuidado poner en acción las fuerzas del intelecto para prevenir y prever las posibles consecuencias lesivas del derecho, ofrece al magisterio de la defensa jurídica represiva razón para intervenir y combatir los efectos dañosos de semejante voluntad».

Filangieri y Romagnosi, que en sus obras se emancipan en general de la metafísica y pueden considerarse como precursores del positivismo moderno, siguen en materia de culpa las ideas corrientes y

---

(1) Haus, *Principi generali di diritto penale belgico* (versión italiana), vol. I, n.º 305.

(2) L. Zuppetta, *Metafisica della scienza delle leggi penali*, v. II, párr. 488. Turín, 1856.

(3) Rossi, *Traité de droit pénal*, en las *Œuvres*, tom. II, pág. 71. París, 1863.

(4) Brusa, *Saggio d' una dottrina generale sul reato*, pág. 101. Turín, 1884.

dan muestras de aceptar también los principios dominantes.

El primero (1) afirma que «en la culpa no falta enteramente la voluntad, porque no falta enteramente el conocimiento; en la culpa no hay la voluntad de violar la ley, pero hay la de exponerse al riesgo de violarla».

Romagnosi (2) se enzarza más todavía en la metafísica, según puede advertirse por el siguiente razonamiento: «Una persona cualquiera acumula una gran cantidad de pólvora dentro de una ciudad; un rayo penetra en el almacén y le prende fuego, de lo cual resulta un grave desastre para la ciudad. Si podía prever en general el peligro del incendio, éste puede muy bien serle imputado», y, sin embargo, él mismo escribía poco antes: «Imputar algún acto, será afirmar que uno ha querido, sentido el acto practicado», y así se contradice, como se contradice también al escribir: «Montado en cólera, le tiro una piedra á un individuo, el cual se agacha para evitar el golpe, resbala y se rompe una pierna: ¿seré responsable de la pena irrogable contra aquellos que rompen las piernas de los demás? No. ¿Por qué? Porque esta fractura no puede ser juzgada como un efecto ordinario proporcionado de mi acto, sino del caso fortuito.» Con todo ello, sin embargo, resulta evidente que cuando castiga el delito de culpa, Romagnosi piensa que el delincuente se ha determinado con su propia voluntad, «ha querido y sentido».

La doctrina de Feurbach (3) puede también redu-

---

(1) Filangieri, *Scienza della legislazione*, etc., tomo III, pág. 88.

(2) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, parte III, libro II, págs. 582, 589 y 593.

(3) Véase en los *Cenni*, ya citados, de Kleinschrod, passim.

cirse á la voluntad, porque si para él hay en el delito de culpa una violación del deber que por el contrato social «tiene el ciudadano de ser diligente», el libre arbitrio entra en él de algún modo: el negligente sabía que había de ser diligente, y no habiéndolo sido cuanto se requería, ha querido no serlo.

Al lado de las teorías de estos penalistas que encuentran la imputabilidad moral de la culpa en la voluntad del individuo, y la política en el daño mediato unido al inmediato, tenemos las de aquellos que, más lógicos ciertamente, pero según veremos, menos prácticos y olvidadizos de las exigencias de la vida social, defienden la impunidad de los delitos de culpa.

Recordaremos entre éstos á Lampredi y Ferrao, el cual escribía que si la ley castiga al agente por negligencia é imprudencia, castiga al ciudadano que es, moralmente, inocente. Más recientemente, uniéronse á éstos Buccellati y Parisi-Giardina. El primero (1) niega que sea necesaria la pena para hacer á los hombres más diligentes, y afirma que solamente la intención criminosa cae bajo la sanción penal. El segundo (2), en un opúsculo sobre la culpa poco conocido por lo demás, viene á concluir del modo siguiente al tratar de los delitos de culpa: «Reconocer que es voluntaria la causa y no voluntario el efecto, es hacer derivar meteoros de combinaciones ígneas, explosiones del cúmulo de vapores acuosos.»

Nos parece que no es necesario detenernos en las absurdas conclusiones á que nos conduciría la apli-

(1) Buccellati, *Istituzioni di diritto penale.*
(2) Parisi-Giardina, *Dottrina su la colpa.* Messina, 1881.

cación de semejante teoría (1). Los delitos de culpa van aumentando cada día; los Códigos modernos sienten la necesidad de aumentar su número y de conminar penas más graves para ellos; la conciencia popular empieza á despertarse, y frente á un desastre de ferrocarril, á un accidente en el trabajo, corre ansiosa en busca de un culpable á quien pueda imponerse la indemnización del gravísimo daño. Ahora bien, después de todo esto, ¿cómo podría sostenerse seriamente que ha de declararse irresponsable al reo de un delito de culpa? Ciertamente se puede, más bien se debe decir que la voluntad no entra para nada en el delito de culpa, pero no puede declararse que éste ha de quedar siempre impune, antes bien es preciso buscar otra teoría en que apoyar sólidamente las bases de la penalidad.

Un agudo y original criminalista alemán, Almendigen (2), que, sin embargo, no supo apoderarse del lado verdadero y científico de la cuestión y quedó cogido entre sus contradicciones y sus absurdos, trató de conciliar la lógica de la teoría con las necesidades de la vida práctica.

En varios pasajes de sus escritos, declara de un modo no dudoso que los delitos de culpa no son punibles. «Imputar, escribe (3), significa declarar que uno ha sido autor con voluntad y conciencia de una

---

(1) También Tarde—basando la responsabilidad en la identidad personal y la semejanza social — defiende la impunidad de los delitos de culpa y escribe: «La sociedad no podría castigar ni siquiera el homicidio si fuese cometido involuntariamente». V. *La philosophie pénale*, caps. III y IV, Lyon, 1890; y para la refutación Ferri, *Sociologia criminale*, págs. 529-39. Turín, 1892.

(2) Almendigen, *Esposizione del imputazione giuridica*, en los *Scritti germanici* del Mori, vol. I, pág. 28.

(3) Véase *Biblioteca di diritto e di legislazione penale*, págs. 234 y 254, 1804.

mutación en el mundo exterior.» Por otra parte, las acciones culpables «son vicios del intelecto por falta de reflexión, y todo acto de la facultad cognoscitiva está por completo privado de elección» (1), de suerte que, evidentemente, ateniéndonos á tal teoría, ningún hecho culpable podría ser castigado por la ley. Almendigen, sin embargo, ve que en la práctica es absolutamente imposible dejar impune todo hecho involuntario; de ahí que en otra parte de su escrito venga á sostener su punibilidad, «porque el delincuente por culpa debe mediante la pena ser amonestado para que evite en el porvenir otras acciones culpables, y aprender á conocer, solamente después del hecho, que el omitir una reflexión capaz de impedir la ilegalidad, produce consecuencias perjudiciales para él». Ahora bien, para llegar á tal conclusión, ó el criminalista alemán conculca el principio admitido de la imputabilidad por el cual no se puede prescindir de la conciencia, ó encuentra en la omisión de la reflexión aquella voluntad que justifica la imputación y la pena. Además, como nota muy bien Kleinschrod, si Almendingen quisiese ser fiel á sus principios, habría de dejar impune el primer delito de culpa.

En su virtud, puesto que los más grandes penalistas construyen sus teorías sobre la base de la voluntad, será oportuno examinar esta doctrina de cerca y en sus detalles. Ese examen nos conducirá á la conclusión de que, al castigar los delitos de culpa, los clásicos contradicen los principios fundamentales de la imputabilidad, como lo han reconocido implícitamente Kleinschrod, Zanardelli, Impallomeni, Alimena y muchos otros, cuando han dicho que hoy no tienen nociones claras y precisas sobre la esencia de los delitos de culpa.

---

(1) Almendigen, ob. cit. ibidem.

Según los clásicos y según los Códigos que sobre la escuela clásica se han modelado hasta ahora, la voluntad es la que hace punibles las acciones, en cuanto siendo el acto voluntario, esto es, querido por el agente, puede decirse que éste ha obrado con libertad, que era libre de cometer ó no la acción criminosa que precisamente por esto le es imputable.

Como adeptos convencidos de la escuela positiva que coloca entre sus leyes fundamentales la negación del libre arbitrio, no comprendemos acciones que puedan decirse producto de la libertad humana, y aun cuando encontramos diferencias sustanciales entre el delito de culpa y el de dolo, creemos sin embargo que ni aun en este último puede obrar el libre arbitrio del individuo. Pero no ataquemos por el momento el concepto metafísico de la voluntad, y combatamos las conclusiones de la escuela clásica en sus principios fundamentales, para hacer ver que éstos han sido negados en tan importante aplicación jurídica á fuerza de raciocinios, de sutilezas y de sofismas.

No ha de parecer extraño ese procedimiento de refutación: en primer lugar, nos servirá porque, viendo los esfuerzos de los clásicos para aplicar los viejos principios de la imputabilidad en materia de culpa, comprenderemos mejor qué importancia tienen los delitos cometidos por negligencia, por imprudencia, por impericia, y por qué se siente imperiosamente la necesidad de castigarlos; en segundo lugar, la refutación será una nueva prueba, sino necesaria, ciertamente no inútil, de la falsedad é insuficiencia de las doctrinas clásicas.

Una teoría verdaderamente científica sobre la responsabilidad ha de justificar con lógica y sin esfuerzos la pena para todas aquellas acciones que la conciencia universal condena como delictuosas y peligrosas.

Muy bien escribe Filomusi-Guelfi (1) resumiendo con lucidez los principios de la escuela clásica á la cual pertenece: «Nosotros consideramos la libertad como el presupuesto de todo el Código penal y especialmente de la imputabilidad», y expresándose en su libro con claridad mayor si cabe, afirma que «no es imputable la acción en que falta la libre determinación del querer». El mismo pensamiento expresado casi con las mismas palabras, se encuentra en los más esforzados defensores de la escuela clásica, como Rossi, Carrara, Mancini, Tolomei: Este último escribía con gran lucidez (2): «Entre las condiciones esenciales para la imputabilidad legal, se cuenta la de la libertad de acción por parte de la voluntad.»

Ahora bien, si tomamos como ejemplo un homicidio culpable, vemos inmediatamente que la acción que se imputa—para usar el lenguaje de Filomusi—no es otra cosa que la muerte, una muerte que se llama involuntaria, culpable, precisamente porque no estaba en la voluntad del individuo el causarla.

Los clásicos, sin embargo, no se dan por vencidos y dan vueltas alrededor de la objeción á la que se figuran saber responder. «El negligente, afirma Carrara (3), aunque no quisiese la lesión del derecho, quiso el hecho en el cual había de conocer tal lesión como posible y probable.» Pero, por otra parte, también según Carrara (4), para cada delito son necesarias imputabilidad moral é imputabilidad política, y para tener la primera, la acción que

---

(1) Filomusi-Guelfi, *Condizioni che escludono o diminuiscono l'imputabilità*, párrs. 1 y 3. Roma, 1875.

(2) Tolomei, *Diritto penale*, Elementi e studi, página 97. Padua.

(3) F. Carrara, ob. cit., párr. 126.

(4) F. Carrara, ibidem, párr. 12.

quiere echarse en cara al hombre como un delito, ha de serle moralmente atribuida como acto voluntario. Así pues, también para Carrara el homicidio culpable, que es precisamente la acción censurada, ha de ser acto voluntario, y él mismo declara que acto voluntario no es cuando escribe que el agente no quiso la lesión del derecho.

También Pessina (1), que habla de los delitos de culpa con mayor penetración que Carrara, cree que el no haber previsto es un acto imputable, bien que negativo, porque encuentra sus raíces en la voluntad humana. Pero cuando discute sobre la imputabilidad en general, olvida lo que ha sostenido en materia de culpa y escribe (2): «La imputación en sentido estricto es la afirmación del dolo, y esa afirmación consiste en un juicio en virtud del cual se reconoce que un acontecimiento exterior tiene por causa moral aquella individualidad que es su causa física, por tener raíz en el haber querido ella algún acto después de haber sabido que la consecuencia de ese acto es un acontecimiento contradictorio á la ley.» Ahora bien, ¿cómo podremos, decimos nosotros, afirmar el dolo en los delitos de culpa que precisamente se contraponen á los de dolo porque carecen de dolo? ¿Cómo podrá sostenerse que en los delitos involuntarios el culpable sabía que la consecuencia de su acto era un acontecimiento contradictorio á la ley, si para Pessina mismo ese acontecimiento solamente él podía preverlo? De saber un hecho á poder preverlo, hay bien poca distancia.

Á la teoría de la voluntad puede reducirse también la de Lucchini, que precisamente queremos

---

(1) E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. I, párrafo 65. Nápoles, 1882.
(2) El mismo, ibidem, párrs. 75 y 77.

recordar aquí para hacer ver las abstracciones metafísicas é inconcebibles en que se pierde un hombre que sin embargo revela algunas veces una mente lúcida y práctica, y para poner de manifiesto á qué consecuencias, absurdas pero lógicas, conduce el principio de la voluntariedad en el delito de culpa.

Para Lucchini, no basta en todo hecho imputable la voluntad; se necesita la intención (1). «La intención es la característica y la fuente de la imputabilidad moral.» Encontrar la intención en los hechos culpables puede parecer cosa bastante difícil, pero todo es empezar: cuando se ha encontrado la voluntad, se ha encontrado la intención, y Lucchini es perfectamente lógico. Oigámosle: «El acontecimiento (en el hecho culpable), aun no habiendo estado presente en el intelecto en una individualidad específica, ha estado presente (al autor) en una esfera genérica de sus manifestaciones.» El lenguaje es un poco obscuro, pero sirve para interpretarlo una nota de la *Rivista penale* en la que Lucchini, después de haber observado que la jurisprudencia no estaría atormentada por tantas discusiones é inseguridades si se abandonase la *vieja* y *empírica* distinción entre el dolo y la culpa,—lo cual es verdad dentro de ciertos límites, según esperamos hacer ver enseguida,—escribe que en todo delito ha de concurrir el dolo, que es precisamente aquella intención de que habla Lucchini en sus lecciones más arriba citadas. «El dolo—continúa diciendo—esto es, la ciencia ó la voluntad de cometer un acto contrario al derecho ajeno, concurre también en el delito de culpa, porque la lesión efectiva no es más que una consecuencia mediata de la ac-

---

(1) Luchini, *Corso di diritto penale* (appunti per uso degli studenti), pág. 29. Siena, 1878-79.

ción misma convertida en ser por el reo» (1). Y ciertamente nadie puede desconocer que si en el hecho culpable se quiere encontrar la voluntad, que nosotros no vemos en ella para nada, también podemos descubrir en él la intención y el dolo.

Si el acto que da lugar á la acción lamentable es voluntario, significa que estaba en mi intención el ejecutarlo, y una vez que atribuyo al consiguiente la voluntad que se encuentra en el antecedente, es de necesidad que atribuya al mismo consiguiente aquella intención y aquel dolo que en sustancia se reducen á la voluntad. La escuela clásica podrá pues muy bien decir que todo delito de culpa es delito intencional, delito de dolo.

En este punto podría oponérsenos que para refutar una teoría, para demostrar su falsedad y sus absurdos, no basta poner en contradicción algunos escritores, aunque sean excelentes, sino que es preciso por el contrario remontarse á los principios de la doctrina y, en el presente caso especial, demostrar que tales principios no justifican el castigo de los delitos de culpa. Esto es precisamente lo que vamos á hacer ahora.

Para refutar la opinión de los que dicen que los delitos de culpa son punibles porque voluntaria es la acción de que derivó como consecuencia el hecho culpable ni previsto ni querido, porque el individuo quiso ser negligente, puede observarse inmediatamente con Marchesini y con Pessina que en los delitos de culpa por omisión no hay hecho alguno voluntario: ni causa ni efecto. En estos casos—nota muy bien Ferri—el individuo no sólo no ha querido el efecto, sino tampoco la causa; que más bien es castigado precisamente por no haber obrado (2).

(1) Véase *Rivista penale*, vol. XVII, pág. 526, nota 2.ª
(2) V. á este propósito Ferri, ob. cit., págs. 306 y sigs.

En el hecho negligente no siempre se encuentra la voluntad: en el caso de homicidio culpable cometido por medio de un fusil, podrá decirse que es voluntario el hecho de haber disparado los tiros, pero nunca podrá encontrarse voluntad ó voluntariedad en el hecho del empleado de ferrocarriles que deja de hacer al paso de los trenes las señales debidas y es causa de una catástrofe. Cualquiera comprende que si la omisión fuese voluntaria, querida, el hecho ya no sería culpable, sino que se convertiría en doloso.

No negamos que, entendida en un sentido completamente abstracto y abstruso. hasta en aquellas especiales omisiones pueda encontrarse una cierta voluntariedad en cuanto no se han ejecutado los actos necesarios para que se perfeccionase la acción obligatoria; pero reduciendo la voluntariedad á un dominio tan pobre, es necesario decir que también se encuentra en el caso fortuito, declarado por la ley impunible.

Pero todavía quedan otros caminos, otras argumentaciones que oponer á los penalistas de la escuela clásica. Afirmáis—podemos decir—que la causa del hecho lamentable es voluntaria y que castigáis por esta razón; pero si existe imprudencia y existe evidentemente—aun cuando no se produzca el efecto desastroso,—no aplicais ninguna pena. no juzgáis al individuo responsable por el solo hecho de haber producido voluntariamente una causa y de haber hecho correr un peligro al sujeto pasivo y á la sociedad. En suma, para que pueda hablarse de pena, es preciso, según vosotros, que el efecto siga á la causa. Y sin embargo, en el hecho doloso, precisamente porque se imputa al individuo la acción que ha querido, se castiga también cuando el daño no se ha producido; hay en él, en suma, la figura de la tentativa, que ningún jurista sabe ima-

ginarse en el hecho culpable. Ahora bien, si la imputabilidad hubiese de encontrarse, como pretenden sostener los clásicos, en la causa que es voluntaria, existirían en ella, cuando hubiese pasado el peligro, todos los elementos que se necesitan para la culpabilidad, y habríamos de tener la tentativa, aun en el delito de culpa. Si los clásicos no se imaginan la tentativa en el delito de culpa, esto quiere decir que en el delito de culpa los clásicos no juzgan imputable la causa, sino el efecto.

En cuanto al otro principio, sostenido por muchos juristas, de que en los delitos de culpa no puede darse la co-participación, ¿no demuestra que en realidad estos criminalistas dirigen su atención al efecto y olvidan la causa? Mosca lo hace notar perspicazmente en una estimable monografía (1) de la que sacamos la siguiente argumentación: «La complicidad no es excluída de los delitos de culpa por otra razón sino porque, faltando en ellos la voluntad, no es posible un concurso de querer en un solo y mismo hecho. El principio es absolutamente verdadero, dice Carrara; en tanto que se quiera dirigir la acusación de complicidad, habrá de chocarse con este escollo y caer, porque no es posible ser cómplice de un hecho que no se ha previsto ni querido. ¿Pero cómo se responde á Carrara? ¿No habéis enseñado que en los delitos de culpa, si no se quiso el efecto de la acción ú omisión imprudente, se quiso sin embargo esta acción ú omisión? No falta pues el elemento de la voluntariedad..., y como puede muy bien suceder que varias personas se concierten en querer sólo el precedente sin el consiguiente (la acción ú omisión imprudente sin sus

(1) F. Mosca, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale e amministrativo*, página 73. Roma, 1896.

efectos), la lógica y la justicia exigen que también á ellas se apliquen las normas reguladoras del concurso de varias personas en el mismo delito.»

Sin señalar aquí algunas inexactitudes y contradicciones en que incurre Mosca, debemos decir que la objeción hecha á Carrara tiene un buen fundamento, y podemos concluir, por lo que toca á nuestra demostración, que Carrara y con él los que niegan la posibilidad de la co-participación en el delito de culpa, dan muestras de castigarlo por el efecto dañoso, no por la causa voluntaria.

A este propósito, está en su punto recordar á Garraud, que habiendo adoptado también una actitud benévola frente á la nueva escuela penal, trata de demostrar la existencia de la voluntad en los delitos de culpa. «Si un individuo, escribe (1), que se divierte tirando piedras mata á alguien, ha obrado por ventura sin voluntad? De ningún modo, porque la misma acción de tirar piedras que se le censura á este individuo, es absolutamente voluntaria de su parte; lo que no lo es, es la consecuencia, que de ella resulta, el homicidio.» Y al escribir esto, no atina á sostener la impunidad del hecho culpable, porque si para ser inmoral é ilegítima una acción ha de estar acompañada de la voluntad de llevarla á cabo, no puede castigarse en el caso citado por él «lo que se censura», en cuanto lo que se censura no es el tirar la piedra, que por sí mismo no se castiga, sino el homicidio, que sin embargo Garraud llama involuntario.

Así, pues, por un lado, cuando los clásicos afirman la voluntad de la causa, dejan impunes los efectos dañosos (2), especialmente si son efecto

(1) Garraud, *Précis de droit pénal*, párr. 142. París, 1892.

(2) Es útil recordar aquí que algunos, aun encon-

de una omisión; cuando sostienen que hay voluntad en ser negligente, concluyen que el delito culpable es nada menos que delito doloso; por otro lado, cuando dicen que no puede imaginarse la complicidad, ni haber tentativa en el delito de culpa, destruyen sin advertirlo aquella voluntad de la causa que tan fatigosamente buscan, y declaran sin quererlo que solamente deben ser castigados el hecho en sí, el producto, la consecuencia.

Pero donde se patentizan mejor aún la insuficiencia y la falsedad de la doctrina clásica, es en la admisión del principio de la punibilidad de los delitos de culpa que provienen de impericia. No hay duda de que tales delitos han de ser castigados por la ley. «Es preciso poner en el número de los daños causados por culpa, escribia Domat, los que provienen de la ignorancia, y ya el derecho romano había sancionado: *Quod per imperitiam commissit medicus, imputari ei debet*».

Ahora bien, ¿cómo podrá decirse del médico ignorante y, por tanto, imperito, que obró voluntariamente; cómo podrá decirse de él, para usar el lenguaje de Napodano (1), que «no empleó la reflexión con que podía ilustrarse y conocer las consecuen-

---

trando la voluntad en los hechos culpables, nö quisieran considerarlos (tal vez por escrúpulo de conciencia) como verdaderos delitos. He aquí lo que escribe Fr. Sav. Arabia: «Si falta la voluntad, el hecho es absolutamente in-imputable». Y después añade: «Es notorio que ningún penalista de la vieja y condenada escuela del libre arbitrio considera los hechos culpables como verdaderos delitos punibles con verdaderas penas». Lo cual no es verdad, ya que la mayor parte de los juristas habla de delitos de culpa. Véanse los pensamientos de Arabia en la obra, *I principî del diritto penale applicati al codice italiano*, pág. 34. Nápoles, 1891.

(1) G. Napodano, *Appunti di diritto e procedura penale*. V. I, pág. 224. Nápoles, 1888.

cias siniestras porque tuvo inertes las facultades intelectivas, y que por lo tanto ha faltado voluntariamente la previsión actual?»

La cosa se demuestra con tanta evidencia, que alguno que afirma que la negligencia puede imputarse moralmente, no llega á declarar que la impericia sea voluntaria, que pueda depender de la volutad del individuo su mayor ó menor valer, y guarda silencio por tanto sobre los delitos ocasionados por la impericia.

El médico, el cirujano que ocasionan un daño en la persona porque ignoran ciertas reglas, ciertos métodos de su arte, porque no conocen ciertos efectos, ciertas relaciones, ciertas consecuencias necesarias, no obran verdaderamente con libertad cuando producen la causa del daño futuro. Reevocarán en el momento de la cura y de la operación todo lo que conocieron, todo lo que aprendieron en sus estudios, habrán atendido á su tarea con la mayor atención, y, sin embargo, cuando falte la inteligencia podrán incurrir siempre en graves errores. No podrá, pues, decirse: debían prever, podían evitar, y basar la responsabilidad en esta deficiencia de previsión. Y tampoco podrá decirse con Lombardi,—uno de los pocos, entre tantos comentadores del Código, que trata de explicar la punibilidad de los delitos provenientes de impericia—«que si bien la habilidad no es un deber, con todo, cuando se trata de operaciones para las cuales es necesario un arte técnico, una habilidad especial, el agente que no posee ese arte y esa habilidad responde de la culpa, por no haber debido entrometerse en cosas que no sabía hacer» (1). Ese modo de razonar es bas-

(1) Fr. Sav. Lombardi, *Codice penale del Regno d'Italia illustrato ad uso della pratica*, parte II, pág. 363. Siracusa, 1892.—Idéntica idea expresa un eximio romanista,

tante ingenuo, pues nadie sabe hasta donde llega su habilidad propia, y cada día presenciamos los fracasos de individuos que de completa buena fe, seguros de tener las cualidades necesarias, han acometido empresas en las que no podían obtener buen resultado.

Por lo demás, en la formación de los códigos, que en algún modo habían de responder á las necesidades más sentidas de la vida cotidiana, los principios de la escuela clásica fueron en materia de culpa pisoteados, ó, por mejor decir, arreglados, ya que, como nota también Impallomeni (1), según el Código se responde del daño aun sin querer la causa, por mero olvido de los deberes propios.

Esto es una prueba evidente de que se comprendía que la teoría clásica de la culpa habría llevado en la práctica á confusiones deplorables, á consecuencias absurdas y peligrosas para la seguridad social. Se estableció en la relación ministerial que la voluntariedad debe presentarse en todos y cualesquiera delitos, dolosos ó de culpa, delitos ó contravenciones; pero el artículo 46 del Proyecto Zanardelli, en el cual estaba escrito que nadie puede ser castigado más que por una acción ú omisión voluntaria, fué suprimido.

Se dijo que semejante idea constituía el punto menos discutido, pero con el pretexto de que á todos los ciudadanos les habría sido difícil formarse idea de la distinción entre voluntariedad de la causa y voluntariedad del efecto, se dejó á un lado, en realidad porque se comprendía que era

---

Ferrini, cuando escribe (*Enciclopedia giuridica italiana*, entr. 152-3, véase *Daños* párr. 79) que «la impericia es imputable, porque el buen padre de familia no se presta á hacer lo que no sabe».

(1) G. B. Impallomeni, *Reati contro la persona*, en el *Trattato di diritto penale* de Cogliolo, pág. 175.

imposible aceptarlo (1). Y el Código penal, al basar las sanciones en los delitos de culpa, como nota Ferri (2), en otras ideas que no sean las del elemento intencional y de la responsabilidad penal, no habla para nada ni de voluntad, ni de voluntariedad, ni de cosas semejantes, sino que solamente dice que cuando se ocasiona la muerte por impericia, por imprudencia, por negligencia, nos encontramos frente á un homicidio culpable.

Muy bien escribe á este propósito un jurista clásico, Lanza (3): «La recriminabilidad de los hechos culpables no puede derivar más que de la voluntariedad de la omisión de diligencia, y todos los juristas convienen en ello en teoría, si bien en la práctica se hayan castigado siempre y se castiguen hasta los autores de hechos respecto de los cuales decir que la falta de diligencia fué voluntaria resulta una afirmación sin verdad».

Los científicos del derecho civil se atreven menos aún que los penalistas á apartarse de la ley escrita y de los principios metafísicos de la imputabilidad, de donde que si buscamos en Giorgi (4) el comentario á los artículos de la culpa extra-contractual, leemos lo que sigue: «Las acciones humanas han de comprender, para ser imputables á su autor, dos factores: el intelecto y la voluntad que determinan la extrinsecación libre del acto mismo».

Chironi declara también (5) en su *Culpa extra-*

---

(1) *Relazione ministeriale.*
(2) Ferri, ob. cit., pág. 454.
(3) Lanza, *Trattato teorico e prattico di diritto penale,* parte I. («Filosofia del diritto penale»), pág. 170. Bolonia, 1896.
(4) G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni,* vol. V, número 145.
(5) G. P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno* («Colpa extra-contrattuale»), vol. I, pág. 21. Turín, Bocca, 1887.

contractual: «Sin imputabilidad, no puede hablarse de culpa». y en la *Culpa contractual*, expresando la misma idea con mayor cantidad de palabras, escribe lo siguiente: «Cuando se ha querido el acto, pero no se quisieron las consecuencias, sea porque no fueron previstas, sea porque aun previstas pareció imposible que llegasen á producirse, se dice que la acción es culpable, que el agente ha incurrido en culpa» (1).

También en la ciencia del derecho civil tenemos, pues, la acostumbrada teoría, á la cual es inútil dedicar ahora otras palabras. Las críticas que más arriba hemos dirigido á los criminalistas, pueden reproducirse aquí en igual forma; el pensamiento de Chironi y de Giorgi no difiere del de Carrara y de Pessina.

Travaglia resumía de un modo clarísimo y explícito esta doctrina clásica de la imputabilidad, no solamente penal y civil sino también moral, cuando escribía (2): «Ningún hecho humano podría, sin el concurso de la voluntad, hacer incurrir al agente en una responsabilidad cualquiera, no solamente penal, sino también civil ó moral en el sentido más amplio de la palabra».

***

Hemos visto hasta aquí los escritores que para formar sus sistemas no pueden prescindir de la idea de voluntad y de libre arbitrio: ahora pasaremos revista á algunos que buscan diversos fundamentos á la imputabilidad.

---

(1) Idem, ibidem («Colpa contrattuale»), núm. 1. Turín, Bocca, 1884.

(2) Travaglia, *Guida prattica per l'interpretazione ed applicazione del codice penale italiano*, párr. 85. Forlì, 1889.

La escuela positivista fué la que barrió, especialmente con la poderosa obra de Enrique Ferri (1), todas las ideas hasta entonces triunfantes sobre libre arbitrio, voluntad, libertad y responsabilidad morales; de ahí que los que no podían ó no querían abrazar las nuevas doctrinas, advirtiesen que era preciso reparar la embarcación herida en mitad de la quilla.

Así surgieron algunas teorías, eclécticas ó demasiado originales, que será bien examinar y refutar: con ellas, no se reniega explícitamente la escuela clásica, pero se intenta resolver la *vexata quaestio* de la culpa prescindiendo de las ideas de voluntad y de libre arbitrio.

Impallomeni, á quien debe colocarse entre estos criminalistas, ha desenvuelto la doctrina de la culpa en un opúsculo (2) en que ciertamente se contienen exactas y agudas observaciones, pero que tiene el vicio orgánico de basarse en la intimidación de la pena, que ya Ferri había combatido en su *Sociologia criminale* (3). No es este el lugar de repetir lo que Ferri ha hecho ver espléndidamente, ó sea que la teoría de Impallomeni, según la cual el hombre es imputable porque puede volver á reducírsele al predominio de las leyes, no es otra que la de Dubuisson, según la cual siendo todos los hombres intimidables, deben ser considerados responsables de sus propios actos.

Aunque Impallomeni escribía con cierto desdén «que los que confunden estas dos teorías sólo por la consonancia de algunas palabras, son compara-

(1) Ferri, *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*. Florencia, 1878.

(2) G. B. Impallomeni, *Colpa ed omicidio colposo*. Catania, 1894.

(3) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 514 y sig.

bles á los niños que creen idénticos dos objetos sólo por la semejanza de los colores», las dos teorías son poco más ó menos iguales. Impallomeni se olvida en el citado opúsculo de haber escrito en una obra suya «que el hombre es responsable porque cuando cometió el delito tenía la capacidad de obrar de otro modo y de conformar su conducta á las normas de las leyes» (1), y viene á justificar la pena con estas palabras: «En el momento del hecho, el delincuente ha dado muestra de su incapacidad para resistir á sus tendencias, y se le castiga precisamente porque la pena puede servir en el porvenir para robustecer la capacidad de resistencia á los impulsos delictuosos y de obediencia á las leyes» (2).

Prescindiendo de la consideración preliminar de que la doctrina de Impallomeni es la antigua, resumida en la máxima: *punitur non quia peccatur, sed ne peccetur*, sostenida por Platón y Protágoras, desenvuelta magistralmente, aunque nadie haya reparado en ello, por Schopenhauer (3) y vuelta á poner en honor por Ellero, quien escribía (4): «La pena mira á los delincuentes futuros y no á aquellos á quienes hiere»; detengámonos en la siguiente frase que nos interesa de un modo especial (5): «La capacidad que tiene la gran mayoría de los autores de delitos culpables de experimentar en el porvenir la virtud excitadora de la pena y la gran generalidad

(1) Impallomeni, *Codice penale illustrato*, núm. 53. Florencia, 1889.

(2) Idem, *Colpa ed omicidio colposo*, pág. 8.

(3) A. Schopenhauer, *Il mondo come volontà e come rappresentazione* (versión italiana). Milán, 1888. Véase en las págs. 102 y sigs., y en especial la pág. 105 en que está escrito: «Tener en cuenta el porvenir, he aquí lo que distingue el castigo de la venganza».

(4) P. Ellero, *Opuscoli criminali*, pág. 132. Bolonia, 1875.

(5) Impallomeni, *Colpa ed omicidio colposo*, pág. 9.

de ciudadanos de advertir su ejemplo, es lo que da razón de la imputabilidad de las acciones culpables». Esta frase desenvuelve la misma idea expresada por Almendigen con la frase siguiente: «Mediante la pena de la culpa, el delincuente culpable debe quedar prevenido para rehuir en el porvenir otras acciones culpables, y aprender á conocer, sólo después del hecho, que omitir una reflexión capaz de impedir la ilegalidad, produce consecuencias perjudiciales para él».

Impallomeni no presenta, pues, una teoría original, y se le podría hacer observar, como ya lo hacia Kleinschrod á Almendigen, que no se debe castigar el primer delito de culpa. Pero otras consideraciones de mayor peso pueden añadirse para rechazar la teoría de Impallomeni.

Así como yerra cuando escribe que «los malhechores son en el porvenir intimidables por consecuencia de la capacidad propia de la *mayoría* (?) de los hombres normales de sufrir la coacción psicológica de la ley penal» (1), viniendo así á decir que todo reincidente es un anormal, y por consiguiente, según lo que escribe él, «un enfermo contra el cual solamente pueden tomarse medidas no penales» (2), así como yerra cuando sostiene que el objetivo de la pena es ejercer una prevención general y especial olvidando el hecho, puesto de relieve especialmente por los positivistas, de que las penas ejercen poquísima influencia intimidadora, así también cae Impallomeni en gravísimos absurdos y contradicciones cuando castiga á los autores del delito de culpa solamente para que experimenten en el porvenir la virtud excitadora de la pena (3). Sin notar que el recuerdo

---

(1) Impallomeni, *Colpa ed omicidio colposo*, pág. 7.
(2) Idem, *Codice penale*, etc. núm. 1.
(3) Idem, ibidem, págs. 9 y 10.

del mal involuntariamente causado es en general tan eficaz y vivo como el recuerdo de la pena para volver cauto al que ha sido imprudente y negligente, y que por lo tanto ese recuerdo del mal ocasionado podrá ejercer aquella función de advertencia ó de freno que Impallomeni quisiera atribuir á la pena, nosotros nos hacemos á este propósito la pregunta siguiente: Si el egregio profesor sostiene, y á nuestro juicio con exactitud, que «como cada acción ú omisión está ocasionada y por ende necesitada por el conjunto de las condiciones psíquicas en que el individuo se encuentra en el momento de la acción ú omisión misma, el no haber previsto el daño es la prueba de su incapacidad en aquel momento para preverlo» (1) — es claro que para Impallomeni todo el que sea reo de un delito culpable no preveía ese hecho nocivo, no pensaba que pudiese sobrevenir y no podía por lo tanto pensar tampoco en la sanción, en la pena que acompaña á aquel hecho. También se puede, haciendo prevalecer una presunción sobre un hecho comprobado, sostener en algún modo que al pensar en el delito se piense en todas sus consecuencias, y pueda la pena tener por consiguiente una virtud inhibidora; pero donde el hecho no es ni querido ni previsto, donde es acogido por el delincuente más bien con disgusto y con dolor, el pensamiento de la pena no podrá infiltrarse en el cerebro del agente. Podrá, pues, el negligente haber hasta sufrido una ó más condenas por hechos culpables; cuando recae en la negligencia, por lo regular no sabe, no piensa, no prevé el cometerla, y aquella virtud excitadora de la pena de la que tanto espera Impallomeni, no ejerce por necesidad la menor fuerza influyente.

En la doctrina de otro ecléctico de bastante menos

(1) Impallomeni, ob. cit., pág. 10.

valor, Magri, se encuentran los pocos méritos y los muchos defectos que distinguen todos sus escritos; un cierto amor á los estudios de sociología y de psicología criminal, pero, más que otra cosa, un deseo de parecer original casi extraño. Ciertamente no se le puede disputar el mérito, que también le ha reconocido Impallomeni, de haberse ocupado de propósito en la cuestión de la culpa, aun cuando incurra después en gravísimo error cuando afirma (1) que la escuela positiva no sabe lo que significa culpa, siendo así que, aun no habiéndose hasta ahora ocupado en ella extensamente, ha dado las líneas generales para una teoría científica.

Para Magri (2), la culpa deriva de una falta de ejercicio en el culpable para poner en movimiento la atención, y todos los delitos de culpa pueden reducirse á una deficiencia ó alteración en el mecanismo de la atención. El delincuente se presenta inadaptado á la vida civil en su desarrollo elevado, conservando sin embargo intactos sus sentimientos altruistas.

Inmediatamente notamos que la teoría de Magri había sido indicada por Fulci (3) cuando escribía que «la previsión supone la atención, de suerte que cuando el legislador imputa el no haber previsto lo que era preveible, castiga la falta voluntaria de atención que produce un daño», y que por tanto no es original como supone él; y pasando después á la refutación, diremos que de la teoría de Magri ha hecho una crítica en gran parte justa Impallomeni, el cual

---

(1) F. Magri, *Reati contro la proprietà*. Introduzione, pág. X, nota. Liorna, 1895.

(2) Idem, *Una nuova teoria della criminalità*, págs. 73-79 y 290-294.—Pisa, 1891.

(3) Fulci, *L'intenzione ne' singoli reati*, págs. 28 y siguientes.—Véase también Löffler, *Die Schuldformen der Strafrechts*.

demuestra en el opúsculo ya citado (1) que Magri debería llegar á la conclusión de segregar á perpetuidad á todos los delincuentes culpables como inaptos para la vida civil, y crear una nueva categoría de delincuentes al lado de las que ha fijado la escuela antropológica: el delincuente culpable.

Por nuestra parte, observaremos que la doctrina de Magri es verdadera solamente respecto de una parte mínima de delincuentes culpables, es decir, respecto de aquellos individuos en quienes el mecanismo de la atención es defectuoso ó está alterado (2), respecto de los delincuentes natos en quienes la imprudencia es un carácter peculiar, y naturalmente, también respecto de los criminales locos. Es cierto que el hombre provisto de un gran criterio, de madura ponderación, de una superioridad mental que no se excita ni se distrae demasiado, no se dejará arrastrar por el ambiente, seguirá las relaciones entre causas y efectos y no será nunca un delincuente culpable. ¿Pero dónde se encuentra ese tipo de hombre ideal? Ni el hombre más juicioso puede siempre en toda circunstancia usar de la mayor reflexión, de la prudencia y de la previsión necesarias. La rueda de la atención, aunque bien combinada y normal en sus funciones, en medio del engranaje complicado, poderoso de la vida social, puede en un momento, por un incidente cualquiera, detenerse, desviarse, sin que por esto presente el individuo anormalidad de clase alguna. Podrá decirse que el cochero que por tercera ó cuarta vez embiste con su carruaje á los transeuntes presenta un defecto en el mecanismo de la atención, pero no podrá decirse lo mismo en la hipótesis de un cazador que deje momentáneamente su escopeta en un

(1) Impallomeni, ob. cit., págs. 14-20.
(2) Ribot, *Psychologie de l'attention*, ch. III. París, 1889.

cuarto á merced de cualquiera que pueda entrar en él, y ocasione graves lesiones á un niño que se ha puesto á manejar el arma. Yo diría por el contrario que mientras el delincuente doloso presenta en la mayor parte de los casos anomalías en la psiquis y en el organismo, el culpable es más bien el producto de la sociedad, del ambiente ó de la ocasión.

Para corroborar sus aserciones, Magri da cuenta del examen psicológico de 50 delincuentes culpables, en 24 de los cuales encontró las anomalías siguientes: debilidad irritable, agotamiento por un trabajo intenso, constitución neuropática, enfermedades agotadoras del sistema nervioso. Sin hacer notar que 50 observaciones no pueden asegurar resultados de gran valor é importancia, notaremos en favor de lo que sostenemos que más de la mitad de los delincuentes, 26, se presentó perfectamente normal y que de los otros 24 algunos, y probablemente los más, tuvieron solo una debilidad irritable, una constitución neuropática, que no son ciertamente las anormalidades más características para cometer negligencias, imprudencias perjudiciales.

Pero hay además, como observaremos más adelante, algunos delincuentes culpables que obran con la mayor de las imprudencias y de las negligencias, que incurren en una culpa que podría decirse *lata*. Aquel que, infectado por una enfermedad transmisible, pide una joven en matrimonio, deberá pensar también alguna vez que la enfermedad puede transmitirse á su mujer y á sus hijos; el industrial que por avaricia ó por egoísmo criminal no emplea en su fábrica los últimos aparatos inventados para preservar la salud y cuidar de la higiene de sus operarios, necesariamente habrá de reflexionar alguna vez que semejante omisión culpable puede comprometer la salud y la vida de sus dependientes. Así pues, en estos casos, que representan dos categorías

de delitos culpables que cada día van adquiriendo mayor importancia, no puede en modo alguno hablarse de aquella deficiencia ó alteración en el mecanismo de la atención que Magri quisiera encontrar en todos los delincuentes de culpa, y más bien podremos decir, sin temor de ser desmentidos, que en tales personas no se encuentran, como quisiera el mismo Magri, «intactos los sentimientos altruistas». Más bien deberemos concluir que la falta de altruismo es elemento esencial en ciertos especiales delitos culpables de la mayor gravedad.

La teoría de Magri, pues, aunque insista en una especie de delincuencia culpable que hasta hoy había sido descuidada, vale demasiado poco y cualquiera comprende que, una vez aceptada, conduciría á la impunidad de gran parte de delincuentes involuntarios, porque no sería difícil demostrar que en ellos el mecanismo de la atención no está viciado y funciona normalmente.

Resulta oportuno hacer aquí alusión á las ideas de Pinsero (1) que, aunque positivista, no nos da sobre la culpa una teoría verdaderamente positivista. «Uno de los atributos de la inteligencia, escribe, es el de prever alguna de las consecuencias que pueden derivar de cualquier acto que está á punto de cometerse, sea respecto de la persona misma que ha de ejecutar aquel acto, sea respecto de los demás, de modo que la imprevisión ha de reputarse siempre como un defecto de la inteligencia y de la atención. El hombre imprudente es, pues, un ser poco bien dotado, si bien en cantidad mucho menor que el delincuente, y en cuanto la imprevisión puede ser causa de hechos anti-sociales, también debe ser re-

---

(1) Pinsero, *Intorno ad alcuni criteri della responsabilità sociale*, en la *Scuola positiva*, pág. 820 y sigs. 1893.

putado nocivo y casi inadaptado al ambiente social, ó sea como susceptible también de represión.»

A Pinsero se le pueden dirigir, pues, las objeciones ya hechas á Magri; se le puede observar que no todas las imprudencias revelan que el individuo sea inadaptado al ambiente, y que, por otra parte, deben reputarse nocivos y punibles algunos actos que, ejecutados sin intención, no dependen tampoco de una imprudencia palpable y ponderable.

La doctrina de Alimena no merecería un examen particular porque se aproxima demasiado á las de Almendigen y de Impallomeni ya refutadas; pero como este autor escribe en nombre de una tercera escuela penal que niega el libre albedrío pero no admite el delincuente-nato, que quiere servirse de los nuevos datos psicológicos y sociales y proclama la distinción entre derecho penal y sociología criminal, bueno será dedicarle algunas palabras, reservándonos el hacer notar á su tiempo en qué errores incide Alimena cuando sostiene que la nueva escuela penal no puede decir la última palabra en el debate planteado por el castigo de los delitos de culpa.

«La teoría, escribe Alimena, que explica mejor que cualquier otra el castigo de los delitos de culpa, es la de la coacción psicológica, según la cual con semejante coacción se estimula, se dirige, se incita toda nuestra actividad y se actúa la atención sobre los resultados de la experiencia humana y se añaden nuevos contrapesos á la prudencia» (1). Además de las consideraciones hechas sobre la doctrina de Impallomeni que podrían repetirse aquí, observamos que para llegar á tal conclusión, Alimena parte del principio falso, que ha tomado de Kleinschrod, de que en esta especie de delito el autor tiene casi

(1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, págs. 448-452. Turín, Bocca, 1884.

siempre el sentimiento incierto de obrar injustamente. «Supongamos que un hombre, escribe Alimena inspirándose en el criminalista alemán, entra con la pipa encendida en una cabaña llena de paja ó de heno; las más de las veces, cruzará por su mente la idea de poder ocasionar un incendio, pero se tranquilizará con la esperanza de no producirlo». No sé yo si á la mayoría de las personas que se encontrasen en tal situación les ocurriría el pensamiento que nos indica Kleinschrod; lo que sé de cierto es que, en general, si tal pensamiento pasa por la imaginación del individuo, tomará éste todas las precauciones, todas las cautelas posibles, y entonces no se producirá el incendio; lo que sé es que, si el incendio se produce, significa esto que no se habían tomado las precauciones, que no se había previsto el triste acontecimiento. Pero en el empleado de ferrocarril que se olvida de hacer las señales, en el médico que por impericia causa la muerte del enfermo, ¿dónde está el sentimiento incierto de obrar injustamente? Podemos, pues, concluir diciendo que, mientras la teoría de Magri es unilateral porque olvida entre todos los demás aquellos delincuentes culpables que alguna vez han debido entrever y prever las consecuencias dolorosas de su obra, la doctrina de Alimena es también unilateral, pero por un vicio opuesto. Alimena olvida á todos los que, aun no previendo y no pudiendo prever, han ocasionado un daño á la colectividad y se han demostrado temibles (1).

---

(1) Contra la teoría de la prevedibilidad subjetiva, que Alimena acepta, véase la *Relazione ministeriale* de Zanardelli, en que está escrito que «la base de la prevedibilidad está hoy día quebrantada por las nuevas indagaciones de la doctrina». Pincherli *(Codice italiano annotato,* pág. 517. Turín, 1890) repite la misma idea con la misma frase. Véase, también en contra, Stoppato, *L'even-*

Recientemente, hablando Stoppato de los delitos de culpa con la agudeza y doctrina en él acostumbrada, hace también alusión á la voluntad porque encuentra en tales delitos una causalidad voluntaria del acontecimiento (1); pero esta voluntad que, nótese, no es el libre arbitrio, sino el principio propio y natural de las humanas acciones (2), queda repudiado en las mejores páginas de la obra, en las cuales el autor habla como positivista: «Cada vez que el hombre ofende el derecho ajeno, tenemos una injusticia de derecho, y sólo falta determinar la forma más conveniente de represión que sirva para restablecer el derecho, dirigiéndose á la causa voluntaria de la cual deriva la violación del mismo» (3). Ahora bien, ¿cómo podremos encontrar en el hecho culpable una acción voluntaria, es decir, una acción procedente de un principio interno con conocimiento de fin? Pero si el conocimiento del fin es lo que caracteriza la acción voluntaria, ¿cómo podremos decir que son hechos voluntarios los delitos de culpa, en los que seguramente no se tiene conocimiento del fin? Y si hemos de tener en cuenta la voluntad, el conocimiento del fin, ¿cómo podremos defendernos de toda injusticia de derecho según lo que proclama el mismo Stoppato?

El egregio profesor, oscilando siempre entre las teorías clásicas y los principios positivistas, que le arrastran á pesar suyo, trata de aclarar mejor aún el principio en que basa la responsabilidad del delito de culpa, y la encuentra en el hecho de que precisamente en estos delitos el medio del cual se vale el agente y sobre el cual desarrolla su acto volun-

---

to punibile (Contributo allo studio de reati colposi), páginas 138 y siguientes.

(1) Stoppato, ob. cit., pág. 181.

(2) Idem, ibidem, pág. 120.

(3) Idem, ibiden, pág. 178.

tario, no solamente es irracional, sino positivamente contrario al derecho (1).

Aparte la difícil idea de la voluntad ó voluntariedad que va á perseguirse hasta en el medio, no siempre los delitos de culpa son producidos por medios de que nos servimos para conseguir un fin. En la carrera desenfrenada de un jinete que quiere trasladarse á una fiesta, se encontrará este medio, que en este caso especial es precisamente la carrera desenfrenada; pero en otros delitos de culpa el medio se confunde con el fin, como si el jinete, por ejemplo, corriese por correr. En otros hay un simple descuido que no se conexiona ni con los medios ni con los fines, y que tiene vida de por sí. Así, en los delitos por omisión, quien nada hace no tiende á un fin ni emplea medios, y en el olvido del empleado de un ferrocarril que no hace las debidas señales, verdaderamente no podría Stoppato encontrar ni un objetivo á que tienda el individuo, ni el uso de medios que emplea este para ciertos fines.

El mismo Stoppato parece advertirlo cuando, á propósito de los delitos por omisión, vuelve á la teoría ultra-metafísica de Carrara escribiendo que «si de no haber obrado ha derivado un acontecimiento nocivo, es señal de que esto se ha querido indirectamente» (2).

Por lo tanto, también la teoría del valioso criminalista paduano es insuficiente y defectuosa. En vano busca Stoppato en la voluntad y en la voluntariedad bases sólidas para una doctrina que justifique la responsabilidad de los delitos de culpa, y no se da cuenta de haber encontrado un principio indestructible cuando, olvidando toda metafísica, escribe como un buen positivista «que el hombre

(1) Stoppato, ob. cit. pág. 191.
(2) Idem, ibidem, pág. 191.

responde del delito de culpa porque vive y si quiere vivir en sociedad».

Hemos visto que basándose en ideas de voluntad, de previsión, no podremos castigar ningún delito de culpa, ó á lo sumo la menor parte de ellos; hemos visto que buscando la responsabilidad en la intimidabilidad de Impallomeni, en la anormalidad de Magri, en el medio contrario al derecho de Stoppato, estaremos siempre fuera del camino recto. Es necesario dejar á un lado las metafísicas y eclécticas disquisiciones jurídicas, y entonces el principio de la responsabilidad por culpa se amplía, se ensancha, se encuentra frente á nuevos horizontes vastos, infinitos.

Es útil hacer resaltar aquí una idea sobre la cual hemos hecho ya alguna indicación: si para ser previsto y castigado por la ley todo acto hubiese de ser producto de la voluntad humana, ningún hecho, ni siquiera el premeditado, debiera estar seguido de sanción: todo el mundo debería llamarse siempre irresponsable, toda vez que la filosofía positivista lo ha demostrado espléndidamente: de ningún modo puede hablarse de voluntad humana (entendida esta palabra en el sentido de libertad), y cada acto no es más que la consecuencia necesaria, fatal, de impulsos que han obrado sobre el organismo del individuo y le han determinado ineludiblemente á obrar de aquella manera dada.

Así pues, hay que encontrar en otra parte la base de la punibilidad de los delitos de culpa, como por lo demás hay que encontrar en otra parte la de los delitos dolosos. La escuela positiva, con estrecha lógica, sin necesidad de cambiar, modificar ó transformar sus principios, levanta sobre los mismos fundamentos una responsabilidad única, tanto para los delitos de culpa como para los de dolo. Naturalmente, el principio que viene á imponerse es el que

en materia de culpa hemos visto indicado por Stoppato, el principio de la responsabilidad social, magistralmente desenvuelto por Ferri en su *Sociologia criminal*. «La sanción por sí, como reacción, es constante en cada caso, y por tanto, independiente de la voluntad del agente, sólo que la índole y la intensidad de las sanciones varían de especie á especie y de caso á caso en una especie misma, y los actos culpables, salvo la forma más adecuada de sanción, se castigan exactamente como cualquier otro delito y sólo porque son antisociales, independientemente de la voluntad del agente. En suma, el hombre es responsable de sus actos, de sus acciones, porque vive y mientras vive en sociedad» (1).

Será menester invocar este principio cuando queramos encontrar la razón justificativa de la responsabilidad en los delitos de culpa. No hay en tales hechos intención de causar el mal, pero hay en ellos el mal producido, más grave algunas veces que el que pueda existir en el delito doloso; en general, no existe en tales hechos un individuo que inspire horror y terror, sino un peligro por el solo hecho de que hoy se ha producido un mal que mañana puede repetirse.

Beccaria se aproximaba á la verdad cuando escribía (2) «que erraron los que creyeron medida de los delitos la intención del que los comete, y que la verdadera medida de los delitos es el daño de la sociedad». Ahora bien, en el delito de culpa, por un lado se causa el daño que ha de ser reparado por alguno, porque nadie debe sufrir injustamente una disminución de su patrimonio, y por otro lado tenemos la que Garofalo llamaría temibilidad, es decir, la aprensión que despierta en una coasociación que

(1) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 506.
(2) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, párr. XXIV.

necesita reglas, previsión, diligencia, pericia, aquel que demuestra no conocer ó no poseer tal previsión, diligencia y pericia.

Pero no siempre el daño es igual y, lo que importa más, no siempre es igual la temibilidad. Hay algunos hechos culpables, los previstos en general por el legislador italiano, castigados por nuestros jueces, que turban poco la conciencia pública; hay otros, por el contrario, cuyo efecto produce gravísima perturbación en la sociedad. De ahí que sea útil rastrear las diversas causas, los diferentes motivos por los cuales se producen las acciones culpables.

Esto es lo que haremos sobre las bases de la psicología y fisiología modernas. En tanto, recordemos, á modo de conclusión de este capítulo, que la teoría clásica no puede en manera alguna prever los delitos de culpa como acciones punibles; que las doctrinas eclécticas conducen á contradicciones y absurdos, y que solamente el principio positivista de la responsabilidad social puede justificar la reacción defensiva contra los delitos de culpa que revelan la temibilidad del que los comete.

CAPÍTULO II

CULPA, RESARCIMIENTO Y PENA

Después de haber mostrado que las varias doctrinas de los juristas son insuficientes para explicar la responsabilidad en los delitos de culpa, hay que ver ahora, antes de desenvolver la teoría positivista, qué valor ha de atribuirse á la distinción entre culpa civil y culpa penal, entre pena y resarcimiento.

Este trabajo se hace necesario, puesto que, cuando hablamos de hecho ó delito culpable, no entendemos limitarnos á aquellas pocas acciones culpables que nuestra ley penal castiga solamente en casos excepcionales, sino que nos referimos á todos los hechos humanos que, sin intención del agente, pueden producir un daño y en los cuales se ocupa más especialmente la ley civil.

Como sabe todo el mundo, los positivistas (1)

---

(1) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 550 y siguientes; Puglia, *La psico-fisiologia e l'avvenire della scienza criminale*, en el *Archivo de psiquiatria*, II, 1881. Véase en el mismo sentido Hepp, Velcher y Binding, quien sostiene (*Grundriss uber das deutche gemeine Strafrecht*, 1879) que no hay diferencia sustancial entre lesión de derecho considerada por la ley civil y lesión de derecho considerada por la ley penal.

combaten la antigua y formalista distinción entre derecho civil y derecho penal; aceptado que sea el nuevo principio de la defensa social, semejante separación desaparece de golpe y ambos derechos, que en lo antiguo se encontraban unidos, tienden hoy á volver á enlazarse.

Por lo demás, esta distinción nunca ha sido clara (basta pensar que acciones previstas por el código penal han pasado al civil y que hoy, después de tantas doctísimas disquisiciones, ni siquiera sabemos separar claramente el fraude civil del fraude penal) ni puede en modo alguno justificarse el por qué se adoptan para la buena marcha de la sociedad, prevenciones diferentes más ó menos graves según los individuos que han cometido el delito, según las circunstancias, de suerte que, en un mismo delito, mientras para un agente puede bastar el resarcimiento del daño, para otro se hace necesario el alejamiento de la co-asociación. Es todo cuestión de cantidad, no de calidad.

Un valioso civilista, Venezian (1), después de haber declarado «que la distinción en responsabilidad civil y penal es una expresión inexacta, ya que la responsabilidad es única», viene á demostrar en su hermoso libro que la diferencia más aguda y genial entre agravio civil y delito intentada por Sthale, cae también en el vacío. Sthale escribe (2), que tenemos el delito solamente cuando se mira á hacer imposible al Estado el actuar las exigencias de la ley, cuando se mira á reducirlo á la impotencia, mientras que la culpa civil no excluye la posibi-

(1) Venezian, *Sul danno e risarcimento nei rapporti extra-contrattuali* (edición fuera de comercio), página 90. No puedo menos de dar públicamente las gracias al eximio profesor por haberme favorecido con su libro.

(2) Sthale, citado por Merkel en los *Criminalistiche Abhandlungen*, I, pág. 57.

lidad de la reparación propia. Pero oportunamente hace notar Venezian (1) que es bastante difícil establecer cuándo no es reparable el agravio, tanto más difícil el decir cuándo es potencialmente irreparable, y que existen muchos agravios que no pueden repararse y en los cuales ciertamente no podrían aplicarse las penas públicas.

En cuanto á Merkel, se expresa en los términos siguientes: «Así como es único el concepto del hecho ilícito, así debe ser también único el de sus consecuencias. Tanto la coacción civil como la penal tienen por fin restablecer la relación ideal normal entre la voluntad del que causa el daño y la del dañado (sociedad civil ó individuo por ella protegido); sólo que la coacción penal emprende esta labor inmediatamente, y por esto resulta un medio más enérgico, la civil mediatamente tan sólo; además de contener el elemento de la pena, tiene un objetivo más próximo y determinado» (2).

Y si no encontramos científica y positiva la separación entre culpa civil y culpa penal, ¿qué diremos de la otra distinción por la cual en la culpa civil tenemos una culpa contractual y otra extra-contractual?

Examinemos también esta distinción brevemente. Los artículos 1151 y 1152 del Código civil italiano regulan la que se llama responsabilidad extra-contractual ó aquiliana, es decir, la responsabilidad en que se incurre cuando se contraviene á la obligación que se tiene respecto de todos de no perjudicar á nadie, mientras que los artículos 1218 y siguientes regulan la culpa contractual que tiene efecto cuando no se cumple una especial obligación derivada de un contrato ó de un cuasi-contrato.

(1) Venezian, ob. cit., pág. 60.
(2) Merkel, ob. cit., I, pág. 57.

Es evidente que, en el delito de culpa, á menudo se tratará de culpa aquiliana, porque en general el ofendido es un tercero cualquiera que no está ligado por ningún vínculo especial con el autor del delito. Y es cierto que, aun en caso de contrato tácito ó expreso que pueda regir entre el perjudicado y el ofensor (como en las catástrofes de ferrocarriles, en los accidentes del trabajo, en la transmisión de ciertas enfermedades), el hecho lesivo es algo existente de por sí, algo que en el contrato puede sólo con cierto esfuerzo encontrarse, pero que no es en realidad tenido en consideración.

Así, el operario tiene regulados por el contrato el *quantum*, el tiempo y las modalidades del salario; el pasajero tiene regulados el precio, el itinerario, el horario; la consorte, el derecho á la manutención y á la protección; pero ni el operario prevé en el contrato el accidente de que puede ser víctima en el trabajo, ni el pasajero prevé la catástrofe que puede matarlo ó mutilarlo, ni la esposa trata de la terrible enfermedad que puede arruinar su salud para siempre.

Así pues, hablando según la teoría, deberemos decir que en la mayor parte de los hechos culpables tenemos una culpa extra-convencional.

Pero entre la culpa contractual y la extra-contractual hay en materia de pruebas, de medida, de responsabilidad, de procedimiento, diferencias que explican el por qué algunos escritores quieren sostener la culpa contractual donde no hay más que una culpa extra-contractual (1).

---

(1) Véase para estas diferencias, entre otros, Mosca, *Nuovi studi e dottrine sulla colpa*, pág. 2 y siguientes, Roma, 1897; Chironi, *Colpa extra-contrattuale* (en la *Colpa nel diritto civile odierno)*, vol. I, Turín, Bocca, número 54.

Ante todo, hay una diferencia en cuanto á la prueba, puesto que mientras en materia extra-contractual incumbe al perjudicado, quien debe intentar como actor la acción para probar que el daño ha sido ocasionado por culpa del dañador (arts. 1151 y 1312), en materia contractual incumbe al causante del daño que es demandado, el establecer que el incumplimiento ó la demora en la ejecución de la obligación ha derivado, sin culpa suya, de caso fortuito ó de fuerza mayor.

En segundo lugar, es opinión generalmente admitida, aun cuando discutible, que cuando se debe juzgar de la responsabilidad del tercero en materia extra-contractual, se restrinja á los terceros indicados en el art. 1153 (padres, tutores, patronos, preceptores, etc.), mientras que en materia contractual, la responsabilidad se extiende á todos los terceros y no llega á faltar más que por la intervención de una causa extraña (art. 1225).

Otra diferencia, puesta de relieve especialmente por Chironi, está en que la entidad de la culpa aquiliana es tal, que á diferencia de la contractual, la convención de las partes no puede suprimirla ni modificarla en cuanto á su grado.

Por último, muchos escritores—que sin embargo han encontrado modernamente opositores doctos y valientes—sostienen que solamente en materia contractual debemos detenernos en la *culpa levis* y exigir por tanto la diligencia de un buen padre de familia, que por el contrario, en materia extra-convencional se responde hasta de aquella mínima falta de perspicacia en que podría incurrir hasta un hombre de previsión ordinaria: *in lege aquilia et levissima culpa venit.*

Es útil ahora ver, para comprender por qué en muchos casos se discute tanto si hay culpa convencional ó extra-convencional, cuál de las dos ofrece mayores

ventajas y hace de mejor condición jurídica al perjudicado, á la víctima.

La culpa extra contractual presenta para el perjudicado la ventaja de poder comprender también la imprudencia y la negligencia ligerísima, de poder establecer por lo tanto en mayor número de casos la responsabilidad del causante del daño, y presenta también la de no poder ser suprimida ni modificada en cuanto á su grado.

Estas dos ventajas, sin embargo, son en la práctica muy problemáticas. Por lo que toca á la *culpa levissima*, puede discutirse que esta especie de imprudencia casi imperceptible esté comprendida en las palabras «imprudencia» y «negligencia» del artículo 1152, y puede notarse además que muchos escritores, basándose en la inexistencia de la tripartición de la culpa, niegan una culpa levísima (1).

Por lo que respecta á las limitaciones que las voluntades contratantes pueden llevar al grado de culpa, en muchos casos tales limitaciones se resuelven en la nada, puesto que el contrato de que se discute es tácito y no pueden existir en él tácitas supresiones y eliminaciones. Cuando existe el contrato, es difícil que una parte se atreva á proponer derogaciones y limitaciones á la ley, y también es difícil que la otra parte renuncie, hoy que todo el mundo adquiere cada día más conciencia de sus propios derechos, á lo poco que la ley asegura. Es de notar además que no sería difícil mostrar que en tales casos el consentimiento dado á las restricciones, á las limitaciones, no es válido (arts. 1108, 1111 y 1112) y que, cuando en el perjudicado hubiese realmente la intención de no pedir el resarcimiento, no se pre-

---

(1) Ferrini, Palabra: *Azione di danni* en la *Enciclopedia giuridica italiana*, entrega número 153-155, número 1-3; y también Mosca, ob. cit., páginas 40-47.

sentaría como actor, aun no existiendo en el contrato limitaciones de clase alguna.

En frente pues de estas ventajas, que se reducen á bien poco, el perjudicado encuentra, con la culpa extra-contractual, el más grave de los inconvenientes. Ha de probar como actor que el daño depende de culpa del que lo ha causado. Así por ejemplo, la víctima de un accidente que busca la reparación del daño sufrido, ha de formular hechos precisos, pertinentes y admisibles según los términos del procedimiento; habrá, pues, de establecer la existencia de un mecanismo defectuoso ó de una instalación peligrosa, una ausencia de precauciones, en suma, un hecho cualquiera que sea reputado ilícito y constituya una culpa referible al patrono ó á sus encargados. Formulada la demanda, queda por probar la verdad de los hechos, ó por medio de documentos explícitos, caso de que los haya, ó por medio de información testifical.

Ahora bien, ¿quién no comprende que semejante procedimiento es tiránico y perjudicial al operario por las dilaciones que ocasiona, por las imposibilidades que crea cuando no hay pruebas, cuando el accidente lo ha destruído todo, como frecuentemente acontece; cuando los testigos por miedo de perder el trabajo no quieren deponer contra el patrono; cuando el operario, enfermo, mutilado, sin medios, no tiene la fuerza necesaria para intentar la acción, ni dinero para procesar á un industrial que sabrá dar largas á la causa, aun en la hipótesis de defensa gratuita?

Añádase á esto que la culpa contractual se extiende á todos los terceros, mientras que, según la opinión de muchos escritores, en la extra-contractual los terceros son limitados, y fácilmente comprenderemos que los que con la ley en la mano, sin reformar el Código civil, quieren tutelar mejor los derechos de los perjudicados y asegurarles el resarci-

miento, recurriesen á la teoría contractual imaginando así que en el contrato de trabajo, por ejemplo, una de las obligaciones del empresario, del industrial, fuese la de restituir al operario sano y salvo á sí mismo (1).

Pero si queremos permanecer fieles á los principios de la ley positiva y de la doctrina, este contrato no es más que una ficción y deja á cargo del operario las desgracias dependientes de culpa suya, porque en las obligaciones contractuales hay incumplimiento solamente cuando existe culpa.

Quedan, pues, para asegurar el resarcimiento en los hechos culpables los artículos 1151, 1152 y 1153 (2), textualmente copiados de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código civil francés, y que son la cosa más mezquina que pueda imaginarse.

Bastaría pensar que en el Código civil se repiten, casi con idénticas frases, los principios del derecho romano, para quedar persuadidos de ello, ya que,

---

(1) Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers*, 1883; Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruselas, 1884; Cogliolo, *Codice dei trasporti ferroviari*, pág. 97. Véase en refutación, entre otros, Ratto, *La responsabilità dei padroni negli infortuni del lavoro*, en la *Legge*, p. II, pág. 603, 1896, donde puede también encontrarse una útil bibliografía sobre este interesante asunto, en especial de autores extranjeros.

(2) He aquí estos artículos del Código civil en sus términos precisos:

«Art. 1151.—Cualquier hecho del hombre que acarrea daño á otros, obliga á aquel por culpa de quien se ha producido, á resarcir el daño.»

«Art. 1152.—Cada uno es responsable del daño que ha ocasionado, no solamente por un hecho propio, sino también por negligencia ó imprudencia propias.»

«Art. 1153.—Cada uno está igualmente obligado, no sólo por el daño que ocasiona por un hecho propio, sino también por el que es producido por obra de las personas de que debe responder ó por las cosas que tiene en custodia.»

como notan entre otros Gianturco, Salvioli y Orlando, una teoría que tiene sus raíces en una ley de más de 2,000 años, ha de encontrarse naturalmente en situación muy difícil frente á los formidables problemas determinados hoy por condiciones profundamente cambiadas.

Hay en aquellos artículos una distinción entre delitos y cuasi-delitos que no tiene hoy ninguna razón teórica ni práctica de existir, y que verdaderamente no podemos decir en qué consiste, ya que algunos ven el delito en la primera parte del art. 1152 y el cuasi-delito en la segunda, y otros encuentran el delito en el art. 1152 y el cuasi-delito en el 1153. En ellos se habla de daño causado por imprudencia ó negligencia propias, como si pudiese discutirse é impugnarse que el acontecimiento producido por negligencia ó imprudencia del individuo es un hecho propio. Pero lo más grave es que para aplicar aquellos artículos, según lo que quiere la doctrina y establece la jurisprudencia, han de haber intervenido en el causante del daño una voluntad libre, una culpa, es decir, una imprudencia, una negligencia, una impericia voluntarias. Y aun prescindiendo por ahora de todo esto, que sin embargo tiene una gran importancia, la insuficiencia de tales disposiciones se patentiza mejor cuando se consideran las diferencias entre culpa contractual y extra-contractual.

No importa que haya razones históricas y jurídicas que nos expliquen y justifiquen por qué surgió y se mantiene en nuestros códigos semejante distinción: con tales procedimientos podría sostenerse aún hoy la esclavitud, que por buenas razones nació y se mantuvo largo tiempo. Observaremos tan sólo si tales diferencias pueden hoy explicarse y justificarse razonablemente frente á las necesidades de la sociedad actual, frente á los principios científicos, y sin temor de ser desmentidos, respondemos inmediata-

mente que no, puesto que, en primer lugar, no hay un criterio científico indiscutido en que se basen los juristas para admitir tal distinción.

Recordemos aquí que dos civilistas de indudable valía, Chironi y Giorgi, que por un lado admiten tal distinción, la niegan por otro; pero lo que le parece justo á uno, es refutado por el otro, lo que aprueba éste, no lo admite el primero.

Veámoslo brevemente. Chironi (1) después de haber recordado cuál es la diferencia sustancial entre culpa contractual y culpa extra-contractual, escribe: «La culpa, como acto ilícito, tiene su razón de ser en la negligencia, cualquiera que sea el aspecto bajo el cual se la quiera considerar. El principio es único, idéntico el hecho en las dos hipótesis; pero la existencia del contrato sirve para limitar la extensión de la responsabilidad.» Con efecto, Chironi insiste en la unidad jurídica de la culpa, en el concepto fundamental que liga las dos especies de culpa, y escribe después que «difieren de modo que resulta contrario á la lógica jurídica confundir las disposiciones relativas á cada una de ellas».

Giorgi, por el contrario (2), tacha de falso en sus *Obligaciones* el principio de la unidad de la culpa sancionado por Chironi, pero después no acepta una distinción clara entre culpa contractual y extra-contractual, «puesto que no desligándose nunca las obligaciones contraídas de la obligación común á todos los hombres de no ofender á los demás, la violación de una y otra obligación se compenetran tan completamente, que resulta perjudicial para la unidad y claridad de la materia separar materias anexas para obedecer á una sofistería de método».

---

(1) Chironi, *Colpa contrattuale*, lug. cit.
(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. V.

El absurdo de la distinción se ve mejor en la práctica, con los ejemplos.

Cualquiera comprende que el médico que ha empezado la curación de un enfermo y se muestra en ella imperito y negligente, aparece temible y peligroso frente á la sociedad, frente á la conciencia pública, lo mismo si se trata de una curación hecha á un particular en su casa, que de una curación en un hospital, en un hospicio.

Pero Chironi, Ferrini y otros con ellos, se complacen en hacer notar que en el primer caso, cuando el enfermo es un particular que ha llamado á aquel médico determinado, tenemos una culpa contractual, y, por el contrario, una culpa extra-convencional en el caso de que el médico esté adscrito á un hospital.

El contrato viene á limitar la responsabilidad, y entonces, de los dos médicos igualmente peligrosos y que han ocasionado el mismo daño, uno será tratado por imposición de la ley con menos rigor que el otro (1).

Ahora bien, ¿por qué la carga de la prueba será más ligera para el particular que para la institución? Los juristas no saben responder, ó, por mejor decir, repiten que tales diferencias se basan en razones históricas, científicas, filosóficas, y concluyen que en un caso está en tela de juicio solamente el interés privado, en el otro también el interés público.

---

(1) Algunos, como Giorgi (*Obbligazioni*, vol. V, n.º 149), dicen que la culpa extra-contractual tiene eficacia sobre la contractual, porque «sería inmoral que un contrato se convirtiese en medio de seguridad contra la responsabilidad común de todos los hombres, concediendo *maiorem delinquendi licentiam*». Pero teniendo en cuenta las exigencias de la práctica, se destruye la doctrina, se pisotea el principio que separa las dos culpas. Chironi, ob. cit., n.º 14 y lug. cit.

La demostración del absurdo que envuelve nuestra legislación puede llevarse tan adelante como se quiera: los códigos y los civilistas nos ofrecen una mina inagotable.

El hostelero, el conductor, el patrono, el comitente, no pueden justificarse haciendo ver que no han podido impedir el hecho, que ninguna negligencia han de echarse en cara, probando que el criado, el faquín, el cochero, el sirviente, el comisionista, eran personas exentas de toda sospecha y que fueron escogidos y vigilados en cuanto era humanamente posible. Por otra parte, el capitalista, el empresario, podrán presentar en los accidentes del trabajo el caso fortuito, la fuerza mayor, podrán producir excepciones sobre excepciones, y antes que nada, obligarán á aquel que intenta la acción á la prueba más difícil, más escabrosa, más diabólica.

Todo esto porque la ley civil es semejante á la ley penal. En ésta se piensa en el pobre depositario que por una imprudencia facilísima de cometer rompe involuntariamente un sello, y se deja tranquilo al sifilítico que puede matar á toda una familia; en aquélla se piensa en castigar al conductor que por una desgracia ha perdido el paraguas de un pasajero, y se descuida al capitalista que dirige con negligencia una empresa peligrosa y ocasiona así graves daños á sus operarios.

Y no se diga que los casos á que aludimos los prevé el legislador con los principios fundamentales del derecho; responderemos que la ley que prevé explícitamente el minúsculo hecho que ocasiona un daño mínimo, debe también explícitamente prever el hecho gravísimo que revela una temibilidad indiscutible. Lo cierto es que el legislador en parte no pudo, en parte no quiso, tener en cuenta los progresos de la ciencia, las últimas consecuencias de la civilización; no quiso y no pudo tener en cuenta los vitales intereses de la co-asociación humana.

La distinción entre culpa contractual y extra-contractual no tiene base científica ni utilidad práctica, y debería admitirse únicamente en el sentido que iremos explicando.

El hombre puede causar daño sin intención, y ese daño ha de ser resarcido. No ha de creerse, sin embargo, que en el resarcimiento está interesada solamente la parte ofendida, la víctima; también está interesada la sociedad, que quiere que nadie sea ofendido injustamente, que á la persona temible por maldad ó por imprudencia se la ponga en la imposibilidad de dañar.

La ley, pues, ha de establecer las varias figuras del delito de culpa en que puedan comprenderse claramente todos los hechos peligrosos y ha de conminar las sanciones del caso. En tales hipótesis, la responsabilidad deriva de la ley y no de otra cosa. No es de interés privado, como parece estimar Chironi, el contrato del operario con el empresario, y así como hoy el legislador interviene y pone, por ejemplo, condiciones y precauciones para el trabajo de las mujeres y de los niños, así habrá de intervenir pronto para codificar este contrato, para regular las modalidades del trabajo y el resarcimiento, al cual no podrá renunciar la parte. Entonces, el contrato privado habrá desaparecido y la responsabilidad derivará de la ley escrita.

Pero hay acciones que van disminuyendo cada día, en las cuales, si surge alguna cuestión, si el interés de las partes parece lesionado ó lo es realmente, el hecho no viene á turbar la tranquilidad social. No hay en ellas un peligro para un interés importante, para la salud, la higiene, la seguridad, y entonces el arbitrio de las partes puede tener importancia hasta dar lugar á un contrato.

Así, por ejemplo, en un contrato de compra-venta, las partes podrán establecer ciertas particularidades

respetando los principios fundamentales del derecho, y en el caso de violación culpable se responderá según el contrato. También podrán admitirse algunas particularidades contractuales en ciertos hechos culpables en los cuales no puede manifestarse la voluntad de las partes. Pero ya no habrá diferencias irregulares y extrañas en el grado de diligencia entre la obligación que nace de la ley y la que nace del contrato: ambas se regirán por los mismos principios teniendo en cuenta el daño producido, la temibilidad demostrada.

De esta suerte, culpa contractual, culpa extracontractual, culpa penal, representan un hecho único que tiene gradaciones diversas; de la no intervención ó poco menos de la sociedad, llegamos al punto en que la sociedad siente la necesidad de infligir al culpable un exceso sobre el resarcimiento del daño, una pena que puede ser aflictiva, corporal, pero la esencia del hecho es idéntica: revela una temibilidad, una anti-socialidad, y las medidas que se adoptan no representan otra cosa que la defensa social.

Por lo demás, para quedar mejor convencidos de ello, basta pensar que en realidad no puede hacerse distinción ni siquiera entre pena y resarcimiento.

Recordando el principio eminentemente positivista de que ningún daño ha de quedar sin indemnización, y el de que es misión de la pena la defensa de la sociedad, comprenderemos bien los estrechos vínculos que existen entre las varias clases de culpa y entre los varios medios defensivos.

Cuando por obra de un inexperto, de un imprudente, de un negligente, se produce en la sociedad un daño, nace inmediatamente una turbación, porque se piensa que, un día ú otro, cualquiera puede encontrarse en el mismo caso del que es víctima en aquel momento, porque se piensa que sufrir un mal

al que no se ha dado causa es una de las injurias más graves. Por una parte, pues, se tiene la intención de resarcir el daño, por otra la de defenderse del imprudente, del negligente, del imperito.

Naturalmente, la sociedad ha de tratar de conseguir del modo más sencillo, más fácil, más llano, estos dos fines á los que es necesario proveer. Ahora bien, es evidente que, muchas veces, los dos fines pueden conseguirse con una medida única, ya que basta á menudo para la tutela de los co-asociados saber que el mal ha sido resarcido por quien lo ha causado. Entonces ha de establecerse, como medio único y eficaz de defensa social, el resarcimiento del daño; de este modo, la sociedad habrá reaccionado como era necesario contra la acción peligrosa, anticivilizada del damnificador; añadirá, con el recuerdo del dinero pagado, un móvil más para hacer cauto al culpable, y por otra parte, habrá satisfecho evidentemente aquel instintivo y difundido sentimiento que quiere que el daño injusto vaya seguido de la reparación.

En gran parte de los casos, el resarcimiento, mirado bajo cierto aspecto, desempeña las funciones de pena; no sólo sirve para resarcir el daño causado, sino también para castigar la actividad imprudente, negligente del culpable.

Resarcimiento y pena son para nosotros dos aspectos diversos de un mismo hecho, y en la mayor parte de los casos se compenetran de tal modo, que resulta imposible decir dónde acaba el resarcimiento y dónde comienza la pena.

Para aclarar mejor nuestro pensamiento, es útil investigar el origen de la obligación al resarcimiento y á la pena.

Binding (1) sostiene con mucha agudeza que el

(1) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*.

resarcimiento no es una consecuencia del delito, y basa su aserto en un argumento que sus adversarios no han logrado destruir: que si verdaderamente derivase la indemnización como la pena de la culpa, con la culpa habría de cesar, extinguirse, siendo así que en realidad sobrevive hasta después de la muerte del autor del delito.

Hemos hablado de la agudeza de la opinión de Binding porque el mejor modo de hacer ver la diversidad de dos hechos, de dos instituciones, es buscar su origen en lugares distintos.

En realidad, sin embargo, nadie ha seguido la opinión de Binding, y se sostiene que el verdadero origen de la obligación al resarcimiento es el delito civil, la lesión del derecho privado.

Cuando la lesión del derecho, dicen los juristas, ha sido voluntaria (y para ellos, ya lo sabemos, la voluntad también se encuentra en la negligencia y en la imperìcia), surge la obligación del resarcimiento.

En cuanto á la pena, se parte del principio de que el delito penal no existe por lo regular si no hay dolo (y sin embargo se castigan algunos delitos de culpa), y se dice que se conmina la pena no cuando hay un agravio jurídico que reparar, sino cuando hay una voluntad directamente rebelde al orden jurídico y social, para afirmar el principio conculcado del orden, la autoridad del magisterio social; que la lesión de un derecho no lleva siempre á la pena, sino al resarcimiento si hay una razón intrínseca, mientras que el delito no siempre es una lesión de derecho privado. La pena, pues, está más directamente encaminada á la tutela del interés público, el resarcimiento á la del privado. La primera se tendrá sólo cuando es ofendido un gran interés público, cuando la injuria sea lesiva de manera que pueda considerarse como punto de mira

del lesionador, no tanto aquélla su particular aplicación que se refleja en la tutela del individuo, sino su potencia general de aplicación á todos los coasociados.

Estos criterios, como hacía notar el mismo que los presentaba, Ferrini (1), no son de aplicación segura y expedita, y la inseguridad depende del hecho de querer distinguir un interés privado y otro público.

Cuando el depositario que tiene en custodia una cosa mía la pierde y no quiere resarcirme del daño, también hay en ello una cierta perturbación social, una cierta ofensa al interés público, el cual exige que el negligente responda de su negligencia. Esto demuestra que, en muchos casos, la reparación del daño es una medida, no sólo para tutela del interés privado, sino también del público.

Por consiguiente, la distinción entre interés público y privado, tal como se aplica, es un terreno inseguro y resbaladizo. Más bien deberíamos decir que, algunas veces, á la lesión del derecho acompaña también una cierta perturbación para la sociedad. El individuo autor del daño es mirado entonces como persona *anti-civilizada* contra la cual es preciso reaccionar con medidas que, ó bien la separen de la sociedad, ó la castiguen en aquella actividad en que se demuestra peligrosa, ó disminuyan su patrimonio en aquel tanto en que deba suponerse que esta disminución será un móvil para hacerla cauta en el porvenir.

He aquí el fundamento científico de la pena: deriva del principio ya indicado según el cual han de tomarse contra el que es temible las oportunas medidas en defensa de la sociedad.

Por otra parte, el derecho al resarcimiento no

(1) Ferrini, *Enciclopedia giur. ital.*, lug. cit.

deriva en nuestra opinión del delito de un individuo; deriva por el contrario del hecho de que el individuo ha sido lesionado injustamente en sus pertenencias, en sus derechos. Tan verdad es esto que, según nuestra teoría, como veremos mejor después, el individuo, sea víctima del caso fortuito, de fuerza mayor ó de persona que no pueda responder de sus obras, tiene derecho siempre á ser indemnizado del mal sufrido.

Es de notar en este punto que la temibilidad no se extrinseca solamente en hechos lamentables contra los cuales precise una de aquellas medidas que hemos recordado (segregación, prohibición de una profesión, multa, etc.); á veces, la acción de un hombre puede ser imprudente cuando ocasiona un daño solamente en cuanto el autor no quiere reparar aquel daño, como sería necesario y podría hacerlo.

Así, en rigor de términos, podremos decir que cuando el individuo es obligado por la ley contra su voluntad al resarcimiento, ese resarcimiento toma un carácter penal si se quita á la palabra «pena», como lo hacemos nosotros, todo sentido de deshonor, de vergüenza, puesto que obra como reacción contra la doble *incivilidad* manifestada por el damnificador con el hecho culpable y con la negativa á indemnizar.

El error en que han incurrido todos los juristas es el notado por Binding, ó sea el de querer referir el resarcimiento al delito.

Este error se enlaza íntimamente con el principio justo y científico de que todo daño debe ser resarcido, y por efecto de este enlace se atribuyeron al resarcimiento caracteres especiales que, según se dijo, le diferencian de la pena.

Toda vez que para asegurar en el mayor número de casos la obligación al resarcimiento, era necesa-

rio suponerlo obligatorio, aun después de la muerte del culpable, por virtud del patrimonio que pasaba á los herederos; toda vez que para satisfacer las mismas exigencias era preciso afirmar que hasta donde parecía menor la responsabilidad moral y donde desaparecía la temibilidad, quedaba siempre la obligación á la reparación del daño, cualquiera que fuese lo proporción de éste; por lo menos se hacia necesario quitarle aquel carácter odioso é infamante que tenían las penas, y se dijo que pena y resarcimiento son dos instituciones completamente distintas. Y entre tantas otras cosas, al afirmar esto se olvidó que muchas veces el hombre siente como mal mayor y por tanto como pena más grave la obligación de resarcir el daño producido por su obra maléfica, que el de sufrir algunos meses ó algún año de reclusión.

¿Cómo surge, pues, se preguntará, la obligación al resarcimiento en el hecho culpable? Todo el mundo ve que en este campo desaparece en general toda razón de temibilidad cuando el que ha causado el mal lo repara. Algunas veces, sin embargo, el resarcimiento no es reacción suficiente contra el peligro que el individuo ha mostrado, y entonces se recurre á la pena. El damnificado injustamente tiene siempre derecho al resarcimiento, que es exigido al individuo por razones de conveniencia, ya que con una sola prevención pueden conseguirse dos intentos: reprimir la temibilidad y resarcir el daño.

Nuestras ideas quedarán más aclaradas si discutimos el valor y la importancia que presentan las diferencias notadas por los juristas para separar el resarcimiento de la pena.

Se dice en primer lugar (1) que mientras para la

---

(1) Ferrini, ob. y lug. cit.—Véase, entre otros, Garofalo, *Criminologia.*

pena basta la infracción de la norma, ésta no es suficiente para el resarcimiento, el cual no podrá pedirse sino cuando hay un daño.

En este punto, sin notar que la escuela ontológica, clásica, contradice sus principios cuando declara que puede existir delito sin daño inmediato, no creemos que esta diferencia sea tal que pueda dar una fisonomía distinta á las dos instituciones. Es natural que á un particular no se le pueda resarcir el daño cuando éste no se ha producido, pero no es en modo alguno natural elevar este sencillo hecho á axioma jurídico, y deducir de él que las medidas que se toman cuando no hay daño son siempre penas.

Con este criterio, porque es preciso reprimir la actividad imprudente del individuo cuando podía producir un daño que por casualidad no se ha producido, deberíamos decir que es una pena la multa que el Estado se hace pagar por este individuo, mientras que en el caso de que el daño se haya producido y que la reparación de éste sirva sin necesidad de más á las exigencias sociales, deberemos decir que tenemos un resarcimiento. La conclusión que derivaría de aquel axioma jurídico sería la siguiente: en un hecho idéntico, en su potencialidad temible, se adoptaría la medida más grave allí donde no se deploró ninguna consecuencia y tendríamos únicamente la medida menos grave, la civil, cuando al hecho imprudente siguiese el acontecimiento lamentable. En realidad, por el contrario, es necesario decir que, en las hipótesis imaginadas, el resarcimiento desempeña también las funciones de pena, de defensa social, y que la pena contiene en cierto modo el resarcimiento del daño potencial que se encuentra en la obra imprudente del culpable.

El segundo carácter diferencial se hace consistir

en que mientras la pena se mide con la intensidad de la culpa, el resarcimiento se mide según el daño. No hay repugnancia, escribe Binding (1), en caso de grave daño ocasionado á la cosa ajena con negligencia leve, en hacer aumentar la entidad del delito, y en mantenerla en estrechos límites donde el daño fué pequeño, bien que procedente de dolo más intenso.

Por nuestra parte, no vacilamos en declarar que tal principio repugna á la conciencia y á la justicia. Es justificable cuando viene á afirmar el principio indiscutible de que el daño injustamente sufrido debe resarcirse en toda su cantidad, pero es absurdo cuando quiere concluir que el reo de culpa leve ha de resarcir el gravísimo daño que puede haber producido, y pone de manifiesto el error que hay en querer referir el resarcimiento al delito. Podrá decirse alguna vez que donde había conciencia de la causa y previsión de los efectos dañosos, estos efectos habían de estar presentes en su mayor extensión posible, y que, por lo tanto, quien ha previsto y no ha prevenido debe resarcir los daños cualquiera que sea su gravedad, pero no siempre podrá afirmarse que una culpa pequeña pueda llevar á un resarcimiento oneroso.

Al encender la pipa, un pobre hombre tira imprudentemente el fósforo cerca de un pajar. Se pega fuego á éste, y después un viento impetuoso que

---

(1) Con Binding están de acuerdo Cogliolo (en el *Monitori dei Tribunali*, pág. 985; 1891), y Mosca (ob. cit., páginas 44 y 45). Se oponen á ellos otros escritores como Proudhon, Sourdat, Larombière, Demolombe, todos citados por Mosca, y Dalloz, quien escribe *(Recueil alphabétique, V. obligation)* que cuando el accidente no es más que el resultado de una impericia ligera, los jueces deben conceder el resarcimiento á la parte perjudicada, pero pueden fijarlo en una suma módica.

empieza á soplar lo comunica á los campos, á los caseríos próximos, de modo que el daño llega á ser incalculable, enorme. Aunque no demasiado leve, ¿revela la culpa de aquel pobre hombre una temibilidad tal que haya de obligársele á todo aquel resarcimiento? De ningún modo: la indemnización, y aquí aparece su carácter penal, será proporcionada á la temibilidad.

Por otra parte, una culpa gravísima, enorme, ha producido un daño levísimo. Si de esta culpa hubiese derivado un daño mayor, el resarcimiento podía por sí solo considerarse suficiente, pero en este caso servirá de bien poco, y por consiguiente tendremos que añadir la multa, que irá á parar al Estado.

Se dice en tercer lugar que la obligación al resarcimiento no ha de causar sufrimiento al damnificador, mientras que por el contrario la pena produce sufrimiento.

¿El resarcimiento no ha de producir sufrimiento? Esta especie de imperativo categórico es absolutamente pueril y olvida lo que está demostrado por la práctica, lo que ha sido adquirido por la ciencia. Una disminución de patrimonio puede ocasionar un sufrimiento mayor que algunos meses de cárcel; no se puede distinguir entre una pena corporal y una constricción á ceder dinero: ambos hechos producen el mismo fenómeno, el dolor. Cualitativamente, este dolor es único; ciertamente puede diferir en la cantidad, pero no siempre ni en todo caso será el producido por la detención ó por la reclusión el más advertido y sufrido.

Para hacer notar aún mejor la diferencia, se añade que en el resarcimiento no está establecida la conmutación que tiene efecto en la pena pecuniaria, en la cual se responde con el cuerpo cuando no se puede responder con el dinero.

Aparte de que en vez de afirmar este hecho convendría exponer las razones que justifican la conmutación de la pena pecuniaria, nos parece natural que el resarcimiento no se conmute en la pena corporal. La pena corporal ha de ser para quien se muestra refractario á la vida social, para quien representa un peligro para la co-asociación, y verdaderamente, ninguna anti-socialidad demuestra el que tiene la desgracia de ser insolvente. Después, en su entidad, semejante diferencia creada por el legislador es bastante discutible para los fines de la justicia, puesto que nos parece siempre conforme á los principios de la justicia que aquel que podría saldar sus cuentas con dinero, haya de ir á la cárcel si no lo tiene.

Los fautores de la distinción van más allá y dicen: el resarcimiento puede ser pagado por otros, la pena debe ser sufrida por el individuo.

En primer lugar, puede observarse que también la pena es sufrida por otro cuando se presenta ante la justicia y se declara culpable. La diferencia está solamente en que si la justicia llega á conocer la verdad, castiga en el delito al verdadero culpable, mientras que en materia de resarcimiento nada hace.

¿Hace bien, hace mal el legislador al obrar así? Es un problema sobre el cual sería preciso discutir y que sería interesante.

Ciertamente que, como el damnificador responde del resarcimiento con su patrimonio, no se podrá prohibir que alguien aumente este patrimonio con sus bienes propios, no se podrá en general exigir que haga efectiva la indemnización el agente culpable, ya que, una vez resarcido el daño, desaparece la preocupación y el peligro corrido por la sociedad.

Esto no es, sin embargo, una diferencia sustancial entre el resarcimiento y la pena: basta pensar

en que las multas, enumeradas por todos entre las *penas*, pueden muy bien ser pagadas por individuos que no son culpables, y el Estado, cuando ha obtenido el pago, no considera si el dinero pertenece verdaderamente al condenado ó bien á alguien que se lo haya prestado ó regalado.

Con la cuarta diferencia que se establece entre pena y resarcimiento, se afirma que á la obligación del resarcimiento no corresponde un derecho del Estado, tanto que la víctima puede, si lo cree conveniente, no accionar en demanda de resarcimiento.

Nosotros sostenemos que tal diferencia no tiene razón de existir, y que más bien debería el Estado en muchos casos obligar al damnificado al resarcimiento.

Si el particular no quiere ó no debe ser indemnizado (puesto que, según veremos, también hay casos en que no debe serlo), el particular nada exigirá ni recibirá del Estado, que es la personalidad encargada de indemnizar inmediatamente á las víctimas del agravio ajeno; pero el Estado tendrá siempre el derecho, casi diríamos el deber, de exigir el resarcimiento del daño, pues según nuestra teoría desempeña las funciones de institución de defensa social. En este caso tenemos evidente la prueba de la estrecha conexión que hay entre resarcimiento y pena; tanto es así, que en tal hipótesis no sabríamos decir si aquel dinero es pagado á título de resarcimiento ó si representa una pena.

Cuando el Estado se rija por tales principios, cuando la víctima sepa que el dinero que renuncia entra en las cajas del Erario público, los que hoy, atemorizados por las amenazas, engolosinados por ofertas, dejan inerte su derecho, lo ejercitarán mostrándose ciudadanos que tienen conciencia de los derechos que la justicia y la ley les atribuyen.

Preséntase finalmente la distinción más notable, afirmando que la pena se aplica á un sujeto de derecho y por consiguiente puede ser sufrida solamente por el autor del hecho, que el resarcimiento por el contrario es prestado por un sujeto de derecho y se extiende por lo tanto á los herederos del culpable.

Esta ha parecido una diferencia substancial entre el resarcimiento y la pena; pero, en realidad, quien la cree tal comete el error del que quisiese declarar la represión que se ejerce contra el delincuente loco distinta de la que se ejerce contra el criminal nato. En materia de represión, podremos tener el manicomio para el criminal loco, el establecimiento penitenciario para el nato; el loco estará encerrado mientras dure la locura peligrosa, el nato muy probablemente siempre, pero estas diversidades no hacen que la represión sea distinta en su esencia y en sus fines.

Ahora bien, llegando á nuestro caso, es necesario que la pena corporal, en cuanto representa la inadaptación al ambiente, sea sufrida por el individuo que se reveló inadaptado; es necesario que el resarcimiento sea obligatorio hasta para los herederos, puesto que, en realidad, cuando se proclama la obligación al resarcimiento, se llama al patrimonio del individuo á responder de los daños ocasionados. Mientras existe el patrimonio, se debe responder de los daños, pase este patrimonio á uno ó á otro. Podía el dueño del patrimonio emplearlo como mejor creía, consumirlo y perderlo sin que en la mayoría de los casos pudiese intervenir nadie; nadie habría podido quejarse de su liberalidad, de su torpeza, que nadie se queje de su maldad ó de su imprudencia.

Por lo demás, ¿quién podría impedir, en el caso de que el damnificador haya de indemnizar durante

su vida los daños ocasionados por su imprudencia ó negligencia, que para no resentirse de los daños que ha ocasionado disminuya las mandas, las liberalidades, los bienes que venía en su ánimo dejar á sus herederos?

Así pues, ha de acogerse bien este principio por el cual el derecho al resarcimiento sobrevive á la muerte del culpable. Pone de manifiesto la misión eminentemente pública y social de aquella institución, y muestra además que, lógica y científicamente, el derecho á la sucesión no tiene una existencia real.

Resumiendo pues, debemos decir que no existe una diferencia sustancial y clara entre culpa civil y culpa penal, como no existe diferencia entre resarcimiento y pena, que se funden juntas en cuanto juntas constituyen los dos medios de defensa social.

En los delitos que nos ocupan, muchas veces la temibilidad es leve, no revela en el individuo inadaptación ni relativa ni absoluta; otras veces esta inadaptación es manifiesta y entonces precisan especiales medidas eliminativas, como la segregación, la prohibición de un oficio, medidas que tienen por intento la defensa social.

Pero aun en la hipótesis de que la temibilidad no sea tal que requiera uno de los indicados medios defensivos, es necesario sin embargo en alguna medida que la sociedad acuda para reaccionar contra la *anti-civilidad* manifestada por el individuo. Y toda vez que en una sociedad bien organizada es justo é indispensable que los daños injustamente ocasionados sean resarcidos, la ley, tratando de aplicar tal principio en lo que puede, afirma que quien ha acarreado el daño, debe resarcirlo cuando su culpa, su temibilidad están demostradas, tanto más cuanto que, en la conciencia social, á menudo la culpa es olvidada cuando el que ha sido causa de

ella ha sabido reparar el daño. Surge así la obligación del resarcimiento por parte del particular, al paso que, según veremos, tal obligación es en teoría referible á toda la colectividad. Después, el resarcimiento representa en cierto modo una pena, porque total ó parcialmente, según el mayor ó menor grado de temibilidad que el individuo ha revelado, el resarcimiento sirve como reacción defensiva contra la imprudencia, la negligencia, la impericia del damnificador.

En suma, cuando se dejan á un lado todas las ideas metafísicas y se busca la última razón del resarcimiento y de la pena, todas las distinciones intentadas y proclamadas hasta ahora parecen absurdas, ilógicas é inútiles: el resarcimiento se refiere á un derecho del individuo que sufrió el daño; la pena á una obligación de la sociedad, la cual debe defenderse; ambas representan un medio de preservación social.

CAPÍTULO III

LA TEORÍA FISIO-PSICOLÓGICA DE LA CULPA

A la fisiología moderna corresponde el mérito de haber reducido los fenómenos psíquicos, que hasta hace poco parecían los más espirituales y los más inmateriales, á puras y simples manifestaciones funcionales de centros nerviosos y especialmente de la corteza cerebral (1); por consiguiente, ningún trabajo que quiera sentarse sobre una base severamente científica puede menos de tomar en consideración las últimas conclusiones á que han llevado estos modernos estudios fisiológicos.

Importa, pues, á nuestro objeto, ir investigando á qué va á parar fisiológicamente la diferencia entre acto voluntario é involuntario, ó por mejor decir, entre acto conciente é inconciente, que para todos los juristas distingue el delito de dolo del de culpa.

La voluntad, que viene á excluir, en el significado científico que le damos, toda idea de libertad moral, puede definirse con Ribot un acto conciente, más ó menos deliberado en vista de un fin simple ó comple-

---

(1) Véase el libro de Oddi: *L'inibizione dal punto di vista fisio-patologico, psicologico e sociale.* Turín 1898.

jo, próximo ó remoto. Ahora bien, como verá cualquiera, en el delito de dolo la acción que se vitupera al individuo, el acontecimiento que se dice querido, está presente á la conciencia del individuo, salvo en el caso de ciertas enfermedades mentales, ó por un tiempo larguísimo ó por un instante, que esto poco importa aquí.

El homicida sabe el hecho que lleva á cabo, sabe que la muerte de la víctima será la consecuencia fatal, necesaria de su obra, conoce el fin próximo ó remoto á que tiende: la idea del estrago ha pasado, pues, al menos por un momento, á través de su cerebro y ha dejado en él una huella más débil ó más fuerte.

En otros casos—y frecuentemente veremos ejemplos de ello—una gran parte de las vibraciones en que puede descomponerse la acción individual cuando en su curso á través del sistema nervioso llegan al cerebro, no consiguen ser advertidas por éste, no llegan á la que Sergi llamaría fase psíquica, y quedan por tanto en el estado de inconcientes.

Los modernos estudios fisiológicos han insistido en semejante concepto de la conciencia, y han aportado á él una preciosa contribución. Por esto creemos útil tomar en consideración en nuestro trabajo estas investigaciones y estos descubrimientos.

Es necesario tener siempre presente que la conciencia no es el efecto de una actividad *sui generis*, sino que es una función de su contenido, en suma, que tenemos varios actos concientes, no la conciencia en abstracto, como tenemos varios actos de memoria, de inteligencia, de atención, y no facultades espirituales abstractas (1).

---

(1) Munsterberg, *Experimentale Psycologie*, pág. 45; 1889.

Ahora bien, ¿cuál es el proceso fisiológico á que puede reducirse la diferencia entre actos concientes é inconcientes?

Los actos reflejos coordinados, como escribe Maudsley (1), se refieren á un mecanismo inconciente, encargado de la transmisión de la excitación por vias nerviosas preformadas, innatas y adquiridas; por el contrario, para que se tenga el acto conciente, es preciso que entren en funciones centros psíquicos superiores, los centros inhibitorios.

La excitación periférica una vez llegada por medio de los nervios de sentido que de la periferia conducen las excitaciones al centro, á este centro, constituído por el cerebro y la médula espinal, algunas veces es transmitida directamente á los nervios motores que vuelven á llevarla á la periferia, y entonces tenemos el acto inconciente; otras veces es tomada, detenida por los centros inhibitorios, y llega de este modo á ser voluntaria porque es manifiestamente sentida en el organismo (2). Entonces tenemos el acto conciente.

En el segundo caso, podremos parangonar la onda nerviosa al tren que es advertido por el guarda y regulado en su curso, mientras que en la hipótesis del acto inconciente tenemos el individuo que ansioso de llegar á la meta, deja el camino recto y echa á correr por senderos y atajos.

Ahora, para llegar á nuestro caso, debemos decir que en el hecho culpable hay siempre, en un determinado momento, un acto inconciente, porque la última acción que se echa en cara al reo en el delito de culpa no es nunca ni querida ni voluntaria, y por lo tanto, no puede decirse conciente: el objeto

(1) Maudsley, *Physiologie de l'esprit*, pág. 29.
(2) Bonfigli, *Storia naturale del delito*, pág. 24 y siguientes. Milán, 1893.

que una persona no distingue, no puede enviar vibraciones que sean advertidas por ella.

Este es un carácter común que se encuentra en todos los delitos de culpa, tanto en la imprudencia gravísima del tuberculoso que después de haber matado dos mujeres pide una tercera, como en la levísima del operario que ocupado durante cuatro ó cinco horas en el transporte de ladrillos, deja caer uno que rompe la cabeza á un transeunte.

He aquí, pues, claramente la diferencia entre delito de culpa y delito de dolo: en éste, el resultado nocivo es conciente y querido, en aquél es inconciente, y puede por lo tanto llamarse involuntario.

Sin embargo, aun reduciendo nuestro examen al solo delito de culpa, podemos hacer una gran distinción cuando nos remontamos á la causa inmediata del efecto desastroso, á la que llaman los clásicos la acción voluntaria y por la cual precisamente dicen ellos que castigan el delito de culpa. Por un lado, tenemos hechos culpables en que la causa inmediata que ha producido el efecto ha sido conciente para el autor, y puede por tanto llamarse querida; por otro tenemos ciertos hechos en los cuales aquella acción no ha sido ni siquiera advertida: su autor ha obrado automáticamente, como una máquina, y no se ha producido una modificación sensible en su sistema nervioso.

Para volver á los ejemplos más arriba citados, en la hipótesis del tuberculoso que no tiene una ignorancia supina ó no está enfermo de mente, el acto del matrimonio que contrae es un acto indiscutiblemente querido por él, un acto que él sabe y conoce. Por otro lado, en el hecho del pobre albañil que después de cinco ó seis horas de continua fatiga está cansado, abatido y trabaja mecánicamente, sería absurdo sostener que es conciente la caída de la piedra; la mayor parte de los hombres normales, cuan-

do se encontrase en sus desgraciadas condiciones, podría dar lugar á aquel desdichado acontecimiento.

Así venimos á llevar al delito de culpa una distinción fundamental que en seguida recordaremos: por un lado, tenemos como delincuentes culpables una categoría de personas que no quisieron el efecto, pero quisieron la causa; por otro, una segunda categoría que no ha tenido conciencia ni del efecto ni de la causa, que ha presenciado el antecedente y las consecuencias con el mismo estupor y el mismo dolor.

Cualquiera comprende inmediatamente la diferencia sustancial que existe entre ambas categorías. Si el autor no se ha dado cuenta de la causa inmediata que estaba á punto de producirse, no ha podido surgir en su mente el pensamiento de las relaciones probables con aquella causa, de las consecuencias, de los efectos que de ella podían derivar, ni los centros inhibitorios podían naturalmente intervenir allí donde no había acción conciente. Pero si la causa ha sido conciente, ha podido hacer que se despertasen todos los estados psicológicos que se enlazan con la acción llevada á cabo por el individuo. Por consiguiente, éste es culpable de una imprudencia que á menudo puede llamarse rayana en el dolo y se confunde casi con éste; los criminalistas clásicos dirían que tenemos la *culpa lata*, la culpa con previsión.

Pero toda vez que se nos podría objetar que difícilmente la causa inmediata dejará de ser advertida por la conciencia, será bueno recordar que un acto que en principio se ejecuta concientemente, con el tiempo se convierte en inconcio, se ejecuta sin que se note la modificación nerviosa que infaliblemente se produce; como originada por el continuo ejercicio, tenemos casi una especie de memoria orgánica ó medular.

He aquí lo que escribe á este propósito uno de los más insignes anatómicos franceses, Debierre (1): «Si se ejecuta gran número de veces actos concientes, queridos al principio, se van creando por la repetición en el eje cerebro-espinal asociaciones dinámicas definidas que entrarán en juego para llevar á cabo, á manera de *cliché*, una repetición cuando intervenga una voluntad ó una sensación». Así, el que aprende un trabajo cualquiera, descompone y analiza en cierto modo los tiempos de aquel acto complicado, y cuando por efecto del ejercicio que lleva al hábito, su sistema cerebro-espinal ha registrado la serie de los actos concientes y queridos que constituyen la acción complicada, es decir, cuando esté formada la memoria orgánica ó medular, podrá llevar á cabo la acción casi sin saberlo, sin pensar siquiera en ella.

Esta es la razón última, oculta en un proceso psico-fisiológico, de que ciertos especiales delitos de culpa aparezcan justificables y excusables, y de que parezca inhumano castigar á sus autores. No solamente en tales acciones no se ha querido ni tampoco previsto su efecto, sino que ni siquiera se ha querido la causa inmediata que ha dado lugar á aquel efecto, porque el trabajo continuo, metódico, uniforme, á que está obligado el culpable, convierte el movimiento en mecánico y hace enmudecer la conciencia. El individuo obra entonces inconciente, automáticamente, como la rana decapitada que ejecuta movimientos complicados.

Tenemos, pues, una distinción fundamental de los delitos de culpa en delitos cometidos sin ser conciente ni la causa originaria siquiera, y sin que la previsión se hallase en estado de claridad, y de-

---

(1) Debierre, *Le crâne des criminels*, pág. 315. Lyon, 1895.

mos en que la causa inmediata era conciente y por tanto fácilmente imaginado, previsto el efecto. En este último caso, por lo regular la previsión habrá de existir en él; en el primero puede decirse que no se encontró previsión, porque aun en el caso de haberla habido, no salió del estado primordial. He aquí de esta manera dos clases de temibilidad bien distintas, que merecen ser separadas y consideradas diferentemente.

En el caso del sifilítico que se casa, hay una negligencia gravísima, casi diríamos una falta de sentido moral, una anestesia de los sentimientos altruistas. La idea de que su enfermedad era contagiosa, debía hacer surgir y hacer vencer el pensamiento de no contraer matrimonio para no causar daño al prójimo; pero el sentimiento altruista, caso de haber surgido en la mente del culpable, ha quedado vencido por otros más ó menos egoístas y el delincuente—bien podemos llamarle así—ha sacrificado los derechos y los intereses ajenos á lo que él se figuraba ser su bien y su interés. En este caso, pues, la temibilidad depende del hecho de que en el individuo se nota un defecto de aquel sentido de socialidad que ha de estar desarrolladísimo en los consorcios civilizados, y la pena hiere, más que á un imprudente y un negligente, á un torpe egoísta, á un hombre desprovisto de sentido moral.

En el caso del albañil que mata á un transeunte con el ladrillo que se le ha escapado de la mano, la previsión, si es que la ha habido, no ha existido ciertamente en el acto antecedente y causa inmediata de la desgracia; la temibilidad por consiguiente aparece bastante menor, la responsabilidad debe disminuirse y hasta puede ser suprimida.

Al lado de estas dos categorías de delincuentes culpados, se encuentra otra que tiene también su razón de ser y su base científica.

En las hipótesis que hemos presentado, cuando la causa inmediata es conciente, surge por necesidad de las cosas (ya lo hemos visto) el pensamiento del daño que, aun augurándose, no se verifica; así, el empresario que en una industria peligrosa no procede con la cautela debida, prevé el accidente que puede sobrevenir, aun augurándose, naturalmente, que no tendrá efecto.

Puede darse sin embargo que en ciertos casos sea conciente la causa, y de todos modos no se forme la previsión.

Imaginemos por ejemplo un cazador que, con la prisa de sentarse á la mesa, deja en un cuarto la escopeta sin descargarla. Esta acción puede ser conciente, pero puede muy bien suceder que no surja en la mente del individuo la previsión de los efectos perniciosos que de tal acción pueden derivar, y que el homicidio producido con aquella escopeta por un desgraciado accidente, le coja al cazador como un hecho imprevisto. Nos hallamos en frente de un diverso grado de temibilidad que no es difícil valuar y apreciar.

¿Cómo se han verificado en este caso la imprudencia y la negligencia?

Una de las cosas que distingue al hombre de talento del hombre de levadura común, es el ver relaciones lejanas entre hechos que parecerian desligados y sin ninguna conexión, reproducir en un instante los efectos, las consecuencias, el alcance de una acción, de una ley, de un principio, de un descubrimiento.

La lámpara oscilante de la catedral de Pisa hace descubrir á Galileo las leyes del péndulo, la manzana caída del árbol sugiere á Newton el principio de la gravitación universal. Estos hechos demuestran maravillosamente lo que decimos.

En el cerebro de un Galileo ó de un Newton, la

vista de aquella lámpara oscilante, la caída de aquella manzana, despiertan estados de conciencia que evidentemente estaban enlazados y ligados con los de cada una de las percepciones, pero que en los cerebros de los hombres vulgares, normales, habían quedado inadvertidos.

De igual modo, tenemos el miope que por encima de la niebla, ve la punta verde de la montaña que le parece flotar entre la blancura de las nubes; tenemos el hombre de vista perspicaz y aguda que pasa á través de la niebla y descubre la falda y la base de la montaña.

En nuestra sociedad no se puede pedir que el hombre descubra las relaciones y vea la causalidad hasta donde supieron verla y descubrirla Galileo y Newton; pero sin embargo es necesario, para que no queden perjudicados los intereses y los derechos de los co-asociados, que todos vean y comprendan cuáles pueden ser las consecuencias, los efectos de las acciones y omisiones propias, qué relaciones pueden tener los hechos lícitos que ejecutan con otros ilícitos y funestos.

Muy bien nota Spencer que siendo el desarrollo de la idea de causalidad el índice de la superioridad mental, cuando el vínculo ideal entre causa y efecto, entre antecedente y consiguiente, está organizado tan débilmente que no hace constante la asociación entre la idea de un hecho determinado y la idea de los efectos del mismo (de donde resulta la imprevisión), semejante defecto indica ciertamente una inferioridad orgánica y psíquica. Esta necesidad de coger pronto la relación entre ciertas causas y ciertos efectos, entre ciertos antecedentes y ciertos consiguientes, aumenta naturalmente con el adelanto de la civilización, y naturalmente también, el que no posee este poder en un cierto grado, se presenta en cierto modo temible, es causa de peligro para la co-asociación.

Escribe Ferri que una rápida y completa asociación de ideas por la cual toda sensación y representación psíquica traiga á la mente aquellas sensaciones y aquellas representaciones que, por las pasadas experiencias, están con ellas en relación de co-existencia y sucesión, de antagonismo y semejanza, constituye la primera condición para el normal mecanismo intelectual que precede á la aparición definitiva de la acción voluntaria en el proceso fisio-psicológico de que es la última resultante (1).

Esto dice Ferri hablando de la imprevisión característica del delincuente-nato; puede hacerse extensivo á la imprevisión de cualquier persona, hasta á la de los que más se aproximan á la normalidad. Tal imprevisión, como es fácil comprender, tiene factores especiales y diversos: puede depender del ambiente bajo, tosco, en que vive el individuo, de la educación que éste ha recibido, de la falta de una buena y práctica instrucción, de la poca experiencia, y de mil otras razones conspirando con todas ó alguna de las citadas, no siendo de olvidar entre ellas la constitución orgánica del cerebro.

«Es natural que en el cerebro debe haber como una red de comunicaciones por medio de las cuales pueden despertarse estados consecutivos de conciencia, y que cuanto mayor sea la complejidad de esta red, tanto mayor será la potencialidad de asociación entre las ideas más lejanas». Estas palabras escribía yo al ilustre Camilo Golgi, pidiéndole su autorizado parecer sobre la explicación de estos fenómenos histológicos y psicológicos, y el gran hombre de ciencia, con cortesía que aún hoy le agradezco vivísimamente, me respondía en los siguientes términos: «No puedo dejar de reconocer que, si hago

---

(1) E. Ferri, *L'omicidio nell'antropologia criminale*, pág. 505.

abstracción *de las ideas más lejanas*, palabras que me llevan á alturas para mí inaccesibles, esta frase de su carta tiene una entonación tan concretamente positiva, que casi debería llamarla histológica».

El insigne Golgi, refiriéndose en aquella carta á un estudio suyo titulado precisamente *La red nerviosa difusa de los órganos cerebrales del sistema nervioso y su significado fisiológico*, inserta el siguiente fragmento que nos parece interesante para aclarar nuestro pensamiento: «Entre nuestros conocimientos más elementales sobre la fisiología del sistema nervioso, figura el de que todas las funciones que acostumbramos referir á la actividad específica de dicho sistema, presentan un vínculo recíproco más ó menos estrecho, cuyo vínculo se hace patente de las maneras más variadas. Ora se trate de las llamadas asociaciones funcionales, verificándose que la actividad de esta ó aquella parte circunscrita del sistema nervioso traiga en acción concomitante partes más ó menos lejanas resultando de ello manifestaciones más ó menos complejas, ora se trate de los bien conocidos actos reflejos, el estímulo que ha obrado periféricamente sobre los nervios de sentido en sus diversas terminaciones representadas por los órganos de los sentidos, llegado por conducto de las mismas fibras de transmisión centrípeta es reflejado sobre otras partes del sistema nervioso central, cuyas partes, excitadas así, con el intermedio de los nervios de transmisión centrífuga provocan una acción periférica que tiene un carácter voluntario y automático. Por último, para hacer también alusión á hechos de carácter menos determinado, por lo que toca á las llamadas actividades psíquicas, la existencia de un interno y complejo vínculo entre las varias formas de estas actividades en sentido recíproco y con el engranaje de las diversas especiales actividades pertenecientes al dominio de los órga-

nos de los sentidos, se nos presenta más evidente aún.»

La conclusión á que ha llegado el ilustre anatómico de Pavía con sus estudios verdaderamente admirables, es la siguiente: «el órgano mediante el cual se coaligan las diversas actividades funcionales del cerebro y de las otras partes del sistema nervioso central, está representado por la red nerviosa difusa».

La red nerviosa, dice Golgi, constituye un hecho anatómico indiscutible, que puede ser visto, tocado, demostrado cuando se quiera, y el principio ya indicado que de la complejidad de esta red depende el grado de asociación, corresponde — siempre según el parecer de Golgi — á lo más positivo que pudiera desearse para explicar anatómicamente las complicadas relaciones fisiológicas, sin excluir las más elevadas del dominio psicológico, existentes entre las varias partes y respectivos elementos del sistema nervioso central.

De esta manera sentaremos una base genuinamente histológica para explicar la mayor ó menor potencialidad en la asociación de ideas, y diremos que aparte tantas otras circunstancias, cuando es conciente la causa inmediata, puede faltar la previsión del efecto si la red difusa de que habla Golgi no ha alcanzado un cierto desarrollo, si no tiene aquella complejidad que consigue en el término medio de los hombres normales.

Pero en estos últimos tiempos — según tuvo que declarar el mismo Golgi y según saben actualmente hasta los extraños á los estudios histológicos, — se han dirigido á la teoría de la red difusa objeciones en las cuales es inútil insistir aquí, y valiosos hombres de ciencia, entre los cuales recordaremos en primer lugar al español Cajal, han sustituído la teoría de la red difusa por la hipótesis genial de los

neuronas. Según Cajal, todos los prolongamientos de las células nerviosas, de cualquier clase que sean, terminan, cualquiera que sea su modo de ramificación, mediante extremidades absolutamente libres; en ningún punto de su decurso se unen tales prolongaciones, ni se anastomosan entre sí ni con las prolongaciones semejantes de las células próximas. Por consecuencia, la red difusa de Golgi ya no existiría considerada en el sentido preciso de la palabra. Vendría á ser un simple entretejido en que varias fibrillas nerviosas llegan al contacto, se cruzan y se intersecan en todos sentidos, pero sin anastomosarse nunca, sin perder su independencia anatómica.

También la nueva teoría del neurona explica lúcidamente la mayor ó menor potencialidad de asociación entre diversos estados de conciencia, y por consiguiente, es oportuno hacer indicaciones sobre esta nueva teoría que encuentra hoy gran favor.

Según ella, el sistema nervioso es un agregado de neuronas, es decir, de elementos que están constituídos por la célula ganglionar, por su prolongación nerviosa y por su arborización terminal, formando en junto un todo que debe considerarse como una individualidad anatómica, fisiológica é histogénica, como un conjunto aislado é independiente, ya que en el sistema nervioso, células y fibras no son elementos separados, sino que forman un solo conjunto unitario. Estos neuronas que constituyen el sistema nervioso, no están sin embargo soldados el uno al otro, sino que se encuentran solamente contiguos, adyacentes, y por esto obran unos sobre otros, no por anastomosis, sino por simples contactos de sus diversas prolongaciones.

Siendo así, la transmisión de las excitaciones no podrá efectuarse más que por contigüidad ó por simple contacto: un neurona obra sobre otro, no porque haya fibras que van de uno á otro, sino por-

que las prolongaciones del uno entran en contacto con las prolongaciones del otro (1).

Tanzi, que tantas hipótesis geniales ha emitido (2) sobre la teoría de los neuronas, cree que las distancias interpuestas entre la arborización terminal de un neurona y la célula del neurona sucesivo, constituyen una resistencia, una especie de mal paso que la onda nerviosa ha de salvar, no sin trabajo, y cualquiera ve que, dada esta hipótesis, resulta claro el procedimiento del acto conciente y del inconciente. El esfuerzo que hace la onda nerviosa para salvar el mal paso, la reacción que opone al obstáculo, vendrían en tal caso á constituir precisamente la conciencia; después, disminuyendo la hipernutrición producida por el aflujo de sangre, la distancia entre neurona y neurona haría enmudecer el esfuerzo, haría cada vez menor la reacción, hasta que disminuída en cuanto lo permite la constitución orgánica del cerebro la distancia entre neurona y neurona, no habría ya ningún esfuerzo, ninguna reacción, y el acto se volvería inconciente.

Con esta teoría, según la cual la conductibilidad ha de estar en sentido inverso de los intervalos inter-neurónicos, podemos representarnos los diversos grados de memoria, de destreza, de co-asociación, que van consiguiéndose con la edad, el hábito, etc.

Admitiendo la red difusa de Golgi, explicábamos la mayor ó menor potencialidad de asociación refiriéndonos á la mayor ó menor complejidad de aquella red; admitiendo la teoría de los neuronas de

(1) Para un resumen claro y breve de esta teoría véase L. Testut, *Neurología*, en el *Trattato d'anatomia umana* (parte II, vol. II, entrga 1.ª) pág. 23 y siguientes. Turín, Unión Tipográfica Editora.

(2) E. Tanzi, *I fatti e le induzioni nell'odierna istologia del sistema nervoso*, en la *Rivista esperimentale di freniatria*, vol. XIX, fasc. II-III. Reggio-Emilia, 1893.

Cajal, podemos encontrar la explicación de aquella mayor ó menor potencialidad asociativa en los intervalos neurónicos. Naturalménte, hay el intervalo neurónico medio, normal, que admite y produce aquella asociación entre diversos estados de conciencia que se encuentra en el término medio de los individuos; por el contrario, puede darse que, por razones orgánicas, tales intervalos sean superiores ó inferiores al término medio, que las prolongaciones de los neuronas tengan entre sí pocos puntos de contacto ó que tengan demasiados: cualquiera comprende entonces que habremos de encontrar defectos y anormalidades en el poder asociativo del individuo, que aun siendo conciente en su espíritu la causa inmediata, no surja en nada ó no surja con la vivacidad que sería necesaria, la previsión del efecto desastroso que de aquella causa inmediata puede derivar.

De lo que hemos dicho, resulta evidente que debe atribuirse á un defecto de la constitución orgánica del cerebro el menor poder asociativo, el cual podrá por consiguiente aumentar con el ejercicio, con la educación, con la herencia. Que el ejercicio, la educación, la herencia pueden ejercer su eficacia en el cerebro del individuo, es cosa intuitiva y que no contradice ni á la teoría de Golgi ni á la de Cajal.

Golgi, dándome su aprobación en su bellísima carta cuando yo indicaba que la herencia, la educación, pueden perfeccionar el cerebro, se expresa textualmente como sigue: «El ejercicio y la educación tienen sobre el cerebro una influencia tan grande, que consiguen que la función de ciertas partes de este órgano eventualmente destruídas por un experimento en los animales ó por un proceso patológico en el hombre, pueda ser gradualmente asumida por otras partes del mismo órgano. En uno y otro caso, las sustituciones y las compensaciones

funcionales pueden efectuarse de un modo tan perfecto que no quede huella alguna de los fenómenos de naturaleza varia ligados á la destrucción acaecida, fenómenos que antes formaban un cuadro característico... Cuando observo, por ejemplo, que la función de movimiento de una parte del cuerpo, completamente abolida ó por destrucción de sustancia gris cerebral ó por interrupción (también á seguida de un proceso destructivo) de las vías de conducción, en el curso de meses y persistiendo el hecho destructivo, puede ser gradualmente restablecida por sustitución funcional por parte de otras zonas de sustancia gris, y por virtud de ejercicio y de educación, me parece que no hay derecho á negar que puedan efectuarse idénticas sustituciones en cuanto á otras funciones de orden más elevado, respecto de las cuales difícilmente consiguen nuestros análisis darnos medios de comprobación.»

De suerte que, admitiendo la red difusa de Golgi, deberíamos concluir que la educación, el ejercicio, la herencia, pueden hacer mayores, más fáciles, los pasos, la correspondencia entre célula y célula.

Si después se quiere recurrir á la teoría de los neuronas, he aquí de qué modo se explica entonces la influencia de la educación, del ejercicio, de la herencia. Tanzi es quien nos lo dice (1): «Imaginémonos que el sistema nervioso esté atravesado por una corriente. La corriente, como todo otro acto funcional, provoca cada vez que pasa un mayor despertar de los procesos nutritivos, y los neuronas atravesados por el movimiento se hipernutren, de un modo no distinto al del músculo que ha trabajado. Ahora bien, si la nutrición se acompaña como en el músculo de la hipertrofia, y si el aumento de volumen se efectúa, como es lo más probable, en el

(1) E. Tanzi, ob. y lug. cit.

sentido de la longitud, el ejercicio del acto funcional disminuirá la distancia entre los neuronas solidarios y contiguos. Aumentando con pausas no demasiado separadas el número de las repeticiones, se acumularán los factores de la hipernutrición, y el sistema de los neuronas co-interesados en aquel proceso funcional tenderá á aproximarse formando un todo anatómico cada vez más coherente, en el cual los intervalos interneurónicos acabarán por reducirse á cero, ó bien á un mínimo de distancia que tal vez es indispensable para el recto desempeño de la función.»

Lo que hemos dicho relativamente á la histologia del cerebro, nos sirve para demostrar como, ó por razones exclusivamente orgánicas ó por falta de ejercicio y de educación, puede faltar ó ser deficiente el poder asociativo, y cometerse por lo tanto un delito de culpa que su autor no preveía, aunque fuese consciente en su espíritu la causa inmediata que le ha dado origen.

Pero también puede depender de otra causa el hecho lamentable de aquel que, sin embargo, tiene presente la causa inmediata: de un defecto en el mecanismo de la atención, que por lo regular puede ser orgánico ó producido por diversas circunstancias. Bueno será, por consiguiente, decir sobre la atención lo que se requiera para la exacta comprensión de nuestra clasificación.

El estudio de la atención ha sido descuidado por los filósofos y por los psiquiatras hasta estos últimos tiempos, y después de Ribot, que le dedicó un librito que en la actualidad podría llamarse anticuado (1), De Sanctis es el que ha hecho sobre ella activas investigaciones, experimentos de gran inte-

---

(1) Ribot, ob. cit.

rés, de las cuales y de los cuales nos serviremos en esta indicación (1).

De Sanctis, rechazando con sólidas razones la vieja distinción entre atención voluntaria y atención artificial, distingue la atención en natural y conativa (2): la primera está constituída por el poder atentivo de un sujeto tal como se revela en la conversación ordinaria, en sus acciones, en su conducta, como también en su aspecto y en su fisonomía, la segunda, por aquel poder atentivo que un sujeto demuestra cuando es artificiosamente aplicado á una operación dada, sea de orden sensorial ó kinestético, sea de orden psíquico, la cual requiere un aparente y notable esfuerzo de adaptación.

Además de esta distinción de la atención, podemos hacer otra: podemos considerar la capacidad que tiene un individuo de *atender*, en el sentido filosófico de la palabra, á un hecho determinado, á un ejercicio, á una cosa cualquiera, ó la capacidad que tiene de extender su atención á un tiempo á varias cosas.

Podría discutirse si verdaderamente existe esta simultaneidad, pero es cierto el hecho de que todo el mundo tiene más ó menos la facultad de prestar atención, de atender á cosas diferentes, y que esta atención se distingue de la que se verifica cuando nuestro intelecto converge hacia una sola cosa. De Sanctis llama oportunamente «atención fijada» á la

---

(1) De Sanctis, *Lo studio sperimentale dell'atenzione, Bullettino della Società Lancisiana*, año XIV, fasc. II, año 1895, pág. 29. Para interesantes experimentos sobre este punto, véase De Sanctis, *Ricerche psico-fisiologiche sull'atenzione*, págs. 12 y sig. Roma, 1897.

(2) Véase, además de los ya citados, otro trabajo de De Sanctis, titulado: *Lo studio dell'atenzione conativa*, en los *Atti della Società Romana d'antropologia*, vol. IV, fasc. II y III, año 1896-97, pág. 282.

primera, y «atención distribuída» á la segunda (1).

Es evidente que en los casos en que se comete un delito de culpa que tiene por causa un defecto de la atención, nunca podremos decir si tal defecto es de la atención fijada más bien que de la atención distribuída y viceversa, ni menos podremos distinguir entre atención natural y conativa; tales distinciones son científicas y oportunas para las investigaciones y para los experimentos, pero precisamente porque no existe una facultad especial denominada atención, sino varios actos atentivos, no existe en la práctica aquella sub-distinción y en la realidad de la vida, dado un caso cualquiera, los varios defectos se combinarán juntos.

De hecho podemos decir que el operario que atiende al manejo de una máquina peligrosa, llevará á su ejercicio una atención conativa, un poder atentivo que es provocado artificialmente; ¿pero quien querrá negar que en su obra no ejerza también eficacia la acción natural, aquel poder atentivo que es usual en la conducta, en las acciones de aquel determinado operario? Las más de las veces tendrá que fijar su atención en el trabajo que ejecuta, pero al mismo tiempo habrá de distribuirla, porque ninguna tarea se limita á atender exclusivamente á un solo hecho, á una sola acción única; por esto cuando sobreviene el hecho lamentable, ó por mejor decir, la imprudencia que podría dar ó da origen al hecho lamentable, casi nunca sabríamos decir exactamente si el defecto ha estado en la atención natural ó en la conativa, en la fijada ó en la distribuída.

Sin embargo, la distinción tiene valor é impor-

---

(1) De Sanctis, lug. cit., págs. 274 y sig. Véase también De Sanctis, *L'attenzione ed i suoi disturbi*, en los mismos *Atti*, etc., vol. IV, fasc. I, año 1896, págs. 54 y siguientes.

tancia en cuanto basta naturalmente un defecto en una de estas cuatro especies de atención para que se deteriore ese complicado mecanismo y pueda así producirse un acontecimiento culpado.

Las perturbaciones más importantes pueden presentarse en la fijación y en la distribución, sea por exceso sea por defecto, y así tenemos, tanto en el poder distributivo como en el fijativo, el defecto y el exceso, la hipopresis y la hiperpopresis (1).

Cuando el defecto de atención es bastante grave, cuando la *aprosesis* resulta evidente en las acciones, en los trabajos que lleva á cabo el individuo, se sale, como cualquiera comprenderá, del campo de la normalidad, nos encontramos frente á maníacos, melancólicos, histéricos, neurasténicos ó psico-asténicos, individuos todos que entran en el campo de la patología mental, y que, por consiguiente, salen fuera de la órbita de nuestro estudio. Por lo demás, dejando aparte investigaciones técnicas y especiales sobre la materia, todos saben que la atención es propia de los cuerdos, de los intelectos sanos, en suma, de aquellos individuos que no presentan alteraciones en el cerebro y que, por otra parte, los locos, en el desequilibrio de sus facultades, no pueden fijar convenientemente la atención ni distribuirla oportunamente.

Es preciso, pues, cuando nos encontramos frente á un delito de culpa, dirigir el pensamiento más y mejor de lo que hoy se hace, á los defectos de atención que se pueden probar y experimentar. A veces, nos revelarán un estado morboso y degenerativo contra el cual sería bien absurdo defendernos con los medios que proponemos para los delitos de culpa; en estos casos, el delito de culpa es un fenómeno que acompaña á todo un estado degenerativo.

(1) De Sanctis, ob. y lug. cit., pág. 78.

En algunos casos, observa bien Impallomeni (1), el delito involuntario evidencia una incurable perversión psíquica, la que él llama locura moral y que mejor podría llamarse delincuencia congénita. El delincuente-nato, del que son dotes características la imprevisión y la imprudencia, poco se preocupará naturalmente de los efectos nocivos que pueden derivar de su incauta acción; desprovisto como está de sentido moral, de sentimientos altruistas, no conoce aquella prudencia y aquella circunspección que la solidaridad y la benevolencia para con los demás hacen surgir y aumentar siempre.

No nos ocupamos en estas hipótesis especiales; requieren la intervención del psiquiatra, y cuando se nos presentan hechos culpados cometidos en estas especiales circunstancias, no podemos decir que nos encontramos frente á delincuentes por culpa: se trata, como puede ver cualquiera, de locos y delincuentes que por accidentalidad han cometido un delito de culpa, pero que, aun sin delinquir en delitos de semejante naturaleza, se presentan peligrosos.

Al hablar de las perturbaciones de la atención, queremos referirnos á las que pueden presentarse en el individuo sin que haya en él un verdadero estado morboso, ya que también el individuo medio, el que debe juzgarse normal, puede presentar defectos en el mecanismo de la atención.

Bien decía Mobius (2) que el hombre absolutamente normal no existe, que todos estamos más ó menos degenerados, y por lo demás, es un hecho comprobado por los psiquiatras que casi todos los fenómenos psico-patológicos se encuentran, al menos en embrión, en la vida psíquica normal. Y tanto

---

(1) Impallomeni, ob. cit., pág. 19.
(2) Mobius, *Compendio di neuropatologia*, pág. 148. Turin, 1894.

más fácil será el encontrar hasta en el hombre normal un defecto de la atención, especialmente momentáneo, cuanto que la atención no surge espontáneamente, sino que para constituirse y para formarse necesita de un cierto esfuerzo, de un cierto ejercicio.

Todos están de acuerdo en esto. Ribot (1) escribe que la atención es una imitación, un resultado del ambiente, un aparato de perfeccionamiento y un producto de la civilización; Izoulet (2) ve en la atención un esfuerzo, un acto laborioso é intenso al que es preciso acostumbrarse, una disciplina de la inteligencia; Ardigó (3) escribe que la atención es el avivarse de la conciencia en un acto de suerte que éste resulte distinto; De Sanctis (4), por último, nota agudamente que la atención distribuida supone por su íntimo mecanismo un desarrollo más avanzado de la voluntad y de las otras funciones psíquicas, y por lo demás, es indiscutible el hecho de que solamente en un hombre de la raza más civilizada está elevada la atención al grado máximo de potencia y de desarrollo, y que la mujer y el niño, que representan un grado inferior frente al hombre normal, son eminentemente móviles, distraídos, incapaces de concentrar y especialmente de distribuir su atención (5).

Si, pues, la atención es un proceso que se ha formado y se ha perfeccionado en el hombre bastante tarde, aparece como cosa natural que en el individuo que ha de atender cada día á centenares de he-

---

(1) Ribot, ob. cit., pág. 47-48 y passim.
(2) Izoulet, *La cité moderne*, pág. 223, París, 1854.
(3) R. Ardigó, *La scienza dell'educazione*, pág. 503. Padua, 1893.
(4) De Sanctis, ob. y lug. cit., pág. 77.
(5) Riccardi, *L'attenzione nell'uomo e negli animali*, pág. 20. Módena.

chos y fijarse ora en esto, ora en aquello, pueda sobrevenir una alteración, una perturbación. Dadas ciertas especiales condiciones del ambiente y del organismo que determinan una anormalidad en el individuo, ésta se traduce y refleja inmediatamente en la atención como uno de los procesos psíquicos que se ha formado tarde y que por lo tanto, siendo más delicado, menos consistente, se resiente mucho de todos los contragolpes.

Así pues, sólo con cierta dificultad y después de un tiempo determinado, logrará la atención fijarse continuamente sobre un objeto, ya que, como escribe Ribot, el estado normal es la pluralidad de los estados de conciencia, el poli-ideísmo, y todos saben que, frecuentemente, el individuo que debería converger toda su atención hacia un objeto determinado, es distraído por otras sensaciones y por otras percepciones.

Muchas veces, en las alternativas de la vida, el individuo que verdaderamente es prudente ha de dirigir su pensamiento á varias cosas á un mismo tiempo, ha de extender el campo de su atención, y puesto que, según hemos dicho, el poder distributivo de la atención constituye una característica propia de la psiquis más evolucionada, no será nada difícil que ese poder distributivo, especialmente en ciertas ocasiones, no alcance aquel grado que se requeriría, y que ese defecto dé origen á tristes acontecimientos.

Tanto por defecto de la atención fijada como por defecto de la distribuída, puede acontecer lo que acontece cuando hay un defecto en el poder asociativo; puede suceder que, aun siendo conciente la causa inmediata, no se tenga la previsión del triste acontecimiento que á aquélla está ligado. Y, por lo regular, lo propio que en el caso de defecto en el poder asociativo, deberemos decir que influirán en

la atención el ejercicio, la educación, la herencia, que muchas veces por consiguiente el delito de culpa no depende de una anomalía de la atención que sea connatural, orgánica, sino de una anomalía que tiene sus causas ó en una mala atención del poder atentivo, ó en la falta de ejercicio ó en otras razones que pueden llamarse externas, porque no deben referirse á un defecto orgánico é incorregible en el mecanismo de la atención.

De suerte que volviendo á la categoría de delincuentes por culpa que han ocasionado el hecho lamentable con la conciencia de la causa inmediata, conciencia sin embargo que nunca ha despertado en ellos la previsión del efecto, diremos que han delinquido por un defecto en el poder asociativo ó en el mecanismo de la atención.

De este modo tenemos tres categorías de delincuentes por culpa, que presentan diferente temibilidad.

Como mayormente peligrosos (hablamos siempre en general, sin tener en cuenta las excepciones), se presentan los que en el hecho culpado han tenido conciencia de la causa, y al mismo tiempo, han previsto el efecto que de aquella causa podía seguirse.

Vendrán en segunda línea los delincuentes por culpa que, aun teniendo conciencia de la causa del daño, no previeron sus efectos por un defecto en el poder asociativo ó en el mecanismo de la atención.

Vienen por último los autores de aquellas acciones culpables que no tuvieron presentes y concientes en su psiquis ni el efecto último ni tampoco la causa inmediata.

Estos se presentan, en general, como los menos temibles; sin embargo, en ciertos casos especiales, como veremos mejor en seguida, aun cuando no tengan conciencia ni siquiera de la causa inmediata, son bastante peligrosos y nocivos para la co-asocia-

ción. Cuando ocupan una posición particular para la cual se requiere una pericia, una obediencia á especiales reglamentos, á normas establecidas, y por defecto de su inteligencia no poseen aquella pericia ni saben aplicar aquellas normas y aquellos reglamentos, se manifiestan evidentemente de grave peligro para la sociedad mientras permanezcan en aquel puesto, que no consienten sus aptitudes ni su talento.

Resumiendo, pues, las conclusiones á que nos han llevado nuestros datos psico-fisiológicos, podemos decir que hemos formado tres distintas categorías de delincuentes culpados:

1.ª Delincuentes por culpa en los cuales es conciente la causa inmediata y que han previsto el efecto lamentable.

2.ª Delincuentes por culpa en los cuales no es conciente la causa inmediata, y por consiguiente tampoco el efecto.

3.ª Delincuentes por culpa en los cuales es conciente la causa inmediata, pero no es conciente el efecto.

La segunda categoría, según hemos dicho ya, contiene dos diversas categorías de delincuentes por culpa que tienen diferente peligrosidad, de suerte que cuando habremos de presentar la clasificación de los delincuentes por culpa para juzgar las varias temibilidades y responsabilidades, á las tres categorías sobreenunciadas añadiremos una cuarta: la de aquellos que, aun no teniendo previsión del efecto ni tampoco conciencia de la causa inmediata, han delinquido por impericia en su arte, por inobservancia de las normas y de los reglamentos á que debían ajustarse.

Es natural que en estas distintas categorías, la temibilidad aparecerá diferente, y la prudencia, la diligencia, no se medirán de igual modo, con la misma balanza.

El emprendedor de una industria peligrosa en que puedan ocurrir graves accidentes, habrá de proceder con una prudencia que habrá de llamarse máxima, mientras que al albañil á quien las exigencias de la vida y la larga práctica obligan á una negligencia habitual, se le medirá la prudencia con una medida diferente, con criterios aproximativos.

Lo que domina siempre en todos los hechos humanos, es el principio de relatividad según el cual, por ejemplo, en el peso de una cantidad de carbón no se mira la libra ó el medio kilo, mientras que en el peso de la quinina se atiende escrupulosamente al centigramo y al miligramo.

La relatividad, no la igualdad, es lo que constituye la verdadera justicia, y precisamente en homenaje á este principio hemos distinguido varias clases de delincuentes por culpa, que ora habrán de ser castigados con las sanciones más severas que dicta la ley contra un culpable, la relegación de la sociedad, ora habrán de ser compadecidos y tratados de un modo benévolo; porque, como ya el lector puede haber visto y como verá mejor en seguida, puede haber en la culpa una gran maldad ó una gran desventura: el delincuente por culpa puede ser un egoísta completamente falto de sentido moral, ó un desgraciado para el cual su propia acción es causa de dolor y de luto.

CAPÍTULO IV

LA DOCTRINA POSITIVISTA EN LOS DELITOS DE CULPA

Aclarado nuestro pensamiento con respecto á las ideas que la ley civil y la ley penal han establecido en materia de delitos de culpa, establecidas las bases científicas sobre las cuales debe fundarse una teoría genuinamente positivista, es tiempo ya de desenvolver esta teoría en toda su extensión, en sus particularidades y en sus detalles.

Partiendo del principio, ya afirmado y demostrado, de que la voluntad en cuanto libre determinación no existe ni puede admitirse científicamente, veremos en primer lugar que, en los delitos no intencionales, tiene especial importancia y aplicación la doctrina de que hay responsabilidad sin culpa; veremos después que el principio según el cual todo daño injusto debe ser resarcido, conduce á negar el caso fortuito tal como los juristas lo han entendido hasta hoy, y á afirmar la responsabilidad colectiva como succedánea de la individual; veremos por último qué alcance y qué valor debe dar la doctrina positivista á la *causa*, á la *injuria*, al *daño*, que son para los juristas los tres elementos esenciales para la existencia del delito de culpa.

A) *Responsabilidad sin culpa*

Frente al delito de culpa que, según ya hemos podido ver, presenta en la sociedad actual la importancia mayor que darse pueda y merece en su virtud una gran consideración por parte del legislador, no ha desplegado la escuela positiva la maravillosa actividad que ha llevado á otras partes, no se ha ocupado amplia y particularmente en el delito y en el delincuente de culpa.

El hecho es natural, aunque á primera vista no lo parezca, y se justifica con pocas consideraciones.

La escuela positiva de derecho penal, surgida en contraposición á la clásica que había considerado el delito como un ente abstracto, como un hecho jurídico, se dedicó al estudio del hombre criminal, quiso descubrir sus caracteres antropológicos y psicológicos, poner de manifiesto en qué difiere del hombre normal, poner de relieve la temibilidad, y por lo tanto, tuvo que ocuparse especialmente en los delincuentes en quienes el elemento antropológico era factor predominante de la producción del delito. En la primera edición de su libro *L'uomo delinquente*, impresa en 1876, Lombroso estudió únicamente el criminal nato, olvidando por completo el de ocasión, que no estudió hasta después de haber señalado Ferri su importancia en una aguda crítica de aquel genial trabajo. Sin embargo, hasta cuando el ilustre sabio habla, y minuciosamente, del delincuente de ocasión, no dedica más que pocas líneas al delincuente por culpa, al que él llama *delincuente involuntario*, clasificándolo entre los pseudo-criminales, ó sea, entre aquellos «que no son delincuentes á los ojos de la sociedad y de la antropología, mas no por esto son menos casti-

gados ó castigables por lo que mira á la defensa social». Se tenían siempre presentes las anormalidades psíquicas y antropológicas del delincuente, en términos que se dejaba aparte como no perteneciente á la multitud peligrosa, al que no los presentaba. Y se llegó tan adelante en esto de negar importancia al delito de culpa, que Capobianco, por ejemplo, entró en liza para sostener «que faltando en el agente las notas somáticas y psíquicas del delincuente, y habiendo acontecido el hecho sin el concurso de la *voluntad*, los delitos de culpa no indican que el agente ha obrado de tal manera que se demuestre temible», y Puglia escribió que «cuando falta la voluntad, no puede hablarse de temibilidad», y que es irracional la represión en los delitos de culpa, porque no deben ser considerados como delitos.

Sin embargo, es absurdo sostener que sin voluntad no puede haber temibilidad.

El maquinista que ignora el engranaje de la rueda que ha de mover y refrenar, el médico que no sabe curar al enfermo que se le ha confiado, no quieren ni la catástrofe ni la muerte; quizá ni las prevén siquiera, ¿pero podremos decir por esto que son temibles? Falta en su obra la intención, pero la sociedad queda sacudida, perturbada por el hecho originado por su imprudencia, por su negligencia, y exige que se provea, que se castigue al culpable, que se tutele la vida de los co-asociados.

Y el resarcimiento, observa bien Garofalo, no será la única medida que habrá de tomarse en los delitos de culpa; bastará en muchos casos, pero no en todos.

La perturbación causada por la catástrofe á que ha dado lugar el maquinista ignorante, el homicidio dependiente de la impericia del médico, no desaparecen cuando solamente queda resarcido el daño;

es preciso que se defienda á la sociedad de tales individuos, que se les ponga en la imposibilidad de hacer mal.

En su consecuencia, algunos positivistas exageraron el hecho de que no se encontrasen caracteres antropológicos en los delincuentes de culpa, y se nos presentó como demasiado benignos para con éstos, de suerte que algunos de nuestros adversarios, entre ellos Alimena, acaso sacaron pretexto de ello para decir que la escuela positiva no podía explicar la responsabilidad por los delitos de culpa.

La escuela positiva, muy al contrario, está en disposición de resolver ese intrincado problema.

Por efecto de todo daño que se produzca, especialmente cuando se refiere al cuerpo ó á la salud del individuo, surge en la sociedad un cierto malestar; la sociedad nota que en su inmenso engranaje alguna rueda está gastada ó rota, y que alguna otra no funciona como debería funcionar.

El único pensamiento que acudirá á la mente de los que todavía no saben concebir bien las relaciones entre las cosas, será que el daño causado quede resarcido de algún modo, que se asegure una compensación, y sin mirar la culpa, la imputabilidad moral, se condenará á la persona que es causa material del daño (1).

Pero, en cierto tiempo, surge el pensamiento de que el individuo puede, permaneciendo en la sociedad según ha vivido en ella hasta aquel momento, ser para ella un peligro permanente, y por consiguiente, se toman contra él especiales medidas para la defensa común.

---

(1) Esta concepción, según veremos más adelante, es común á todos los pueblos de la antigüedad. Véase Girard, *Les actions noxales* en *Nouvelle Revue historique*, pág. 38, 1888; y Dirksen, *Civilistische Abhandlungen*, p. I, pág. 104 y sigs.

Este fenómeno, así como se presenta frente al de dolo, así también aparece con respecto al delito de culpa. Tanto en el caso de homicidio perpetrado por un malvado como en el cometido por un imprudente, tenemos un daño que es menester resarcir, habrán de tomarse medidas contra estos individuos para la seguridad social.

Ciertamente que, á consecuencia de las ideas metafísicas de imputabilidad moral, de enmienda, de lesión de derecho, el resarcimiento en el delito de culpa ha sido puesto aparte, ha parecido cosa de escasa importancia; así como, de otra parte, si alguna vez se ha sancionado el derecho al resarcimiento, nunca se han tomado, por efecto de los mismos preconceptos, las prevenciones más adecuadas para la defensa social.

Esto demuestra que, basándose en un concepto positivista del delito, el hecho doloso y el culpado vienen á encontrarse en íntima conexión; sólo que la temibilidad, que se encuentra casi siempre en el delito de dolo, es más rara en el delito de culpa. Sin embargo, así como hay delincuentes dolosos que no presentan un gran peligro, como por ejemplo los de ocasión y muchos de los pasionales, así también los hay culpados que se revelan bastante temibles y contra los cuales ha de ser enérgica la reacción.

La negligencia, la imprudencia, la impericia, acarrean á veces á la sociedad daños gravísimos, y si queremos proteger los intereses, tutelar los derechos de la sociedad, castigaremos, para servirnos una vez más de una palabra antigua, la causa del daño sin cuidarnos de si ha habido ó no intención. El principio inconcuso que no se ha de olvidar es el siguiente: el daño injustamente ocasionado, aun en el caso de no ser intencional, debe ser resarcido, y si hay temibilidad, cualquiera que sea la razón

de que pueda depender, hasta cuando el individuo no tiene el *animus* de hacer el mal, hemos de defendernos enérgicamente.

Para conseguirlo, es preciso guardarnos muy bien de confundir la temibilidad con la maldad, de considerar como una misma cosa lo que parece odioso y lo que parece peligroso; y es oportuno advertir esto, ya que algún positivista conserva un deplorable resto de ideas metafísicas, por virtud de las cuales algunas veces se queda vacilante ante el delito de culpa y se pregunta qué es lo que debe castigar, si el agente es, más bien que un culpable, un desventurado que ha obrado sin intención alguna.

Pero, en realidad, ¿qué vale el elemento intencional? ¿Acaso la intención es un producto de la libre voluntad del individuo? No; la intención es semejante en esto á la imprudencia, á la negligencia, á la impericia. Así como los diversos móviles al influir en el individuo producen la intención, así las varias circunstancias orgánicas y psicológicas del ambiente determinan el descuido y la insipiencia. No confundamos, pues, un sentimiento como el de la maldad, que antes ó después, quiéranlo ó no los espiritualistas, lograremos desterrar del corazón del hombre, con un hecho como el de la temibilidad.

Bien escribe Sighele (1) que la idea de temibilidad ha estado hasta ahora identificada con la de perversidad, que hasta algún positivista reserva «el castigo al hombre en más alto grado despreciable antes que al hombre temible». Es preciso combatir estas supersticiones espiritualistas.

Día vendrá en que maldad, perversidad, llega-

---

(1) Sighele, *Coppia criminale*, 2.ª edición, pág. 121 y sigs. Turín, Bocca, 1897.

cán á ser palabras faltas de sentido; y nosotros, si de momento no podemos arrancar el sentimiento que se expresa con aquellas palabras y que está arraigado en la conciencia pública, debemos repetir que se necesita la mayor defensa donde hay mayor temibilidad; que allí donde hay un daño sufrido por el individuo y un peligro corrido por la sociedad, hay una persona temible en aquella que ha producido aquel daño ó amenazado con causarlo.

Se castiga al malvado, no por la maldad, de que no tiene él la culpa, sino por la temibilidad, y de igual modo (si queremos usar un lenguaje propio y exacto) deberemos decir que no se castiga al imprudente, al negligente, al inexperto porque carezcan de tales dotes, de tales cualidades, sino porque la carencia ó la deficiencia de tales dotes revela un peligro.

Si nuestro criterio para castigar estriba en considerar la temibilidad revelada, la peligrosidad demostrada por el individuo, ¿qué haremos cuando nos encontremos frente á personas que, aun usando de la prudencia y de la cautela necesarias, ocasionan un daño y un daño muy grave al co-asociado?

Supongamos la hipótesis de que un individuo, andando por entre la multitud, ponga casualmente el pie entre las piernas de un padre de familia que pasa por su lado, el cual tropieza, cae y se rompe la cabeza en el borde de la acera. El desventurado deja una familia privada de su único apoyo, y el daño es en consecuencia grave, casi incalculable, especialmente en el caso de ser mucho lo que ganaba el muerto. ¿*Quid juris* en este caso y en otros semejantes?

En este punto, se presenta la teoría completamente moderna del agravio objetivo, sostenida por valiosos juristas, especialmente en Alemania, y se

presenta el siguiente razonamiento: Es inútil querer fijar por medio de criterios los casos en que existe peligro y los casos en que no; basta el nexo causal entre la acción de un individuo y el daño que se ha producido, para que deba atribuirse aquel daño determinado á la acción del individuo. Strohal (1) declara principio indiscutible el de que cada uno responda de todo cuanto emana de su actividad; Binding afirma (2) que el principio activo ha de soportar las consecuencias de su obrar, y Cavagnari escribe: «Cada cual está obligado á responder del daño que deriva de sus actos á otras personas, porque esto es una suprema exigencia social. Se ha roto una cosa, que la pague el que la ha roto».

No seremos nosotros los que nos espantemos de teorías audaces y revolucionarias; únicamente queremos demostrar, declarando inmediatamente que no aceptamos la teoría del agravio objetivo, que en la práctica conduciría á absurdos, á exageraciones perniciosas.

Ante todo, así como Hamlet podía gritar: «No es Hamlet sino la locura de Hamlet lo que ha matado á Laertes», así aquel que ha tropezado con el desgraciado padre de familia podría defenderse diciendo que, en realidad, nada de lo que pertenece á su individualidad ha obrado espontáneamente para determinar aquella desgracia: la casualidad es la que ha intervenido y la ha ocasionado. La *vis maior* y no el individuo es lo que ha de estimarse causa del daño, si uno, sobrecogido de una indisposición imprevista é impreveible, cae sobre otro y le ocasiona de este modo un mal. Lo propio hay que

---

(1) Strohal, recordado por Venezian en la ob. cit., página 100.

(2) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, p. I, pág. 471, 1890.

decir, pues, en la hipótesis más arriba imaginada.

Inmediatamente podremos objetar que la teoría del agravio objetivo afirma bien poco; es necesario ante todo establecer cuándo la acción de una persona puede llamarse verdaderamente suya, cuándo puede decirse en sentido filosófico que un individuo ha hecho una cosa.

Pero prescindiendo de este argumento, que más bien toca á la forma que á la sustancia de esta teoría, es necesario, para refutarla bien, reducirla á lo que verdaderamente quiere significar. Para estos egregios juristas, basta que en la larga cadena de los hechos que han contribuído á producir el daño pueda una de las causas referirse más ó menos directamente, más ó menos inmediatamente á una persona, física ó jurídica, para que (se entiende, cuando no sea la víctima del daño), pueda hacérsela responsable del daño causado.

Este es el pensamiento último y exacto de los sostenedores del agravio objetivo. «Aun cuando el damnificador no tenga culpa, dice Bahr (1), el damnificado es más inocente aún que él, y por consiguiente el mal ha de ser sentido por el primero». Y Luden (2): «El hombre sucumbe al destino, su destino está dictado por una fuerza superior contra la cual no puede luchar; así el destino aparece como mérito ó culpa del hombre, y por tanto aun sin su voluntad se convierte en causa de hechos buenos ó malos».

---

(1) Bahr, en los Jahrbücher de Jhering, número 7, Bud. XIV, pág. 407. Véase también Binding, ob. cit., página 471.

(2) Luden, *Abhandlungen aus dem. gem, deut Strafrecht*, B. I., párr. 74. Véase también sobre esta materia Merkel, *Encyclopädie*, párrafos 664-683; Steinbach, *Die grundstatze heutigen Rechts uber den Ernatz von Vermögensschaden,* pág. 19 y sig. 1888.

Algunos, como Unger (1) y Cavagnari (2) no han podido ver las extrañas consecuencias á que puede dar lugar este principio, porque aun exponiendo la teoría de un modo general, sin limitaciones, la han circunscrito al caso práctico de las catástrofes de ferrocarriles y á los accidentes del trabajo, casos estos especiales en que sus conclusiones son de aceptar por otros motivos. Pero la enormidad de ciertas lógicas conclusiones, aparece con toda evidencia y es la condenación más grave del principio.

Dada la teoría del agravio objetivo ó de «quien rompe paga», sería necesario llamar á responder del daño á aquel que ha tropezado con el padre de familia causándole así la muerte; sería necesario, como dice muy bien en este punto Ferrini, llevar á los tribunales al infeliz que, perdida la cabeza, rompe el hermosísimo cristal del palacio de un rico señor. Cualquiera comprende que, dado semejante principio, el legislador, el juez, podrían llegar hasta donde quisiesen: cuando se castiga la causa material ciegamente, sin mirar la temibilidad que presenta con tal de que tenga una actividad humana, se pisotean todos los principios de la equidad y de la justicia.

Dada esta teoría, muchas veces llamaríamos á responder de los daños ocasionados á ricos señores, á pobres personas que para reparar el mal tendrían

---

(1) Unger, *Handeln auf eigene Gefahr. Zugleich ein Beistrag zur kritik der deutschen*, pág. 363, Entwurfs.

(2) Cavagnari trata de aplicar la teoría del agravio objetivo para afirmar la responsabilidad del tipógrafo por los daños derivados de un opúsculo anónimo lesivo del honor y del interés ajeno; pero se encontró con Ferri, quien le hizo observar que su tesis, tomada tan absolutamente, era exagerada é injusta. Véase *Scuola positiva*, año 1893, págs. 1104 y 1108.

que ser despojadas de todo medio de existencia; de modo que aquel principio, que tal vez fué defendido como valioso medio de protección de los pobres, de los obreros, contra los ricos, los empresarios, llegaría á ser, una vez fuese lógicamente extendido como ley general, la condena más terrible y más ciega para el que está desprovisto de medios de fortuna.

Además, pueden aducirse contra esta teoría nuevos argumentos. Si, en resumidas cuentas, á nada más que á la fatalidad ha de recurrirse para castigar á las personas que son causa material del daño, si es menester decirles á éstos que una mala ventura ha querido llamarles responsables del mal producido y que deben someterse el destino, ¿por qué queremos cambiar artificialmente lo que es un acontecimiento natural, por qué queremos apartar la desventura de la cabeza de aquel á quien verdaderamente ha herido el destino? Si uno ha de ser atropellado por la fatalidad, si la ley del destino ha de obrar ineluctable, déjese que el daño lo sufra la víctima, y no se intervenga para transferirlo á otras personas.

Bien dice á este propósito Coviello (1): «Muchas veces, faltaría la razón para que debiese soportar el daño el que fué instrumento material del acaso más bien que el que fué herido por éste.»

Hay más aún: si vamos á la investigación de la negligencia mínima, de la imprudencia mínima que podrán reprocharse al que se dice causa del daño, ¿por qué tal imprudencia y negligencia no las buscamos también en los que fueron víctimas, y que muchas veces probaron ser incautos é inexpertos?

Ni se diga que el perjudicado es siempre más mi-

---

(1) Coviello, *Responsabilità senza colpa.* Prolusione. Catania, 1896.

sero, más infeliz que el damnificador; á la miseria, á la infelicidad relativa y momentánea del ofendido, puede corresponder la miseria, la infelicidad absoluta y continua del damnificador, que pobre y sin tener nada, puede haber perjudicado los intereses, los derechos de un millonario!

Para sostener su teoría, presenta Cavagnari un último argumento en el cual se atrinchera y que para nosotros habría de tener gran importancia: opina que la teoría del «quien rompe paga», es una lógica consecuencia de la responsabilidad social que la escuela positiva ha defendido, especialmente con la obra de Ferri. Ahora bien, esta afirmación de Cavagnari es inexacta, hasta podríamos decir errónea.

La escuela positiva (bueno será insistir en ello para que no se repitan semejantes equívocos) ha dicho: debe castigarse, ó, para usar una palabra más adecuada, debemos defendernos sin mirar la culpa moral del delincuente, únicamente porque éste obró por móviles antisociales, ó se volvió temible, y la defensa debe medirse por la temibilidad. Pero la escuela positiva no ha dicho nunca que el daño es la base para imponer la pena; más bien ha llegado á declarar que ciertos delitos pasionales y ocasionales no deberían ser castigados, porque en ellos, si bien hay daño, no hay temibilidad. Así pues, nunca se debe mirar el daño ciegamente, y declarar que es responsable el que causa un daño prescindiendo de cualquier otra consideración, sino que debe medirse la responsabilidad en proporción al peligro que con su hecho ofrece el agente para los co-asociados.

Y no podrá objetarnos Cavagnari que los principios por nosotros indicados aquí tienen valor en cuanto á la responsabilidad penal, no en cuanto á la civil, y por consiguiente en cuanto al resarcimiento,

puesto que él mismo sabe que responsabilidad civil y responsabilidad penal son dos aspectos diferentes de un mismo hecho, y que las reglas generales vigentes para la primera, deben por la fuerza de la lógica tener eficacia en la segunda.

Pero aun después de haber mostrado que los principios de la escuela positiva únicamente se siguen teniendo en consideración la anti-socialidad, el peligro que el agente manifiesta, y no la causa material del daño, queda á favor de Cavagnari y otros una argumentación que ellos no hacen explícitamente, pero que brota de su sistema.

Si es principio verdaderamente científico é indiscutido, que ningún co-asociado se resienta injustamente de un daño al cual no ha dado motivo, ¿por qué (piensan ellos) no debe ser acogida una teoría que trata de disminuir el número de las víctimas que quedarán sin indemnización?

Es innegable que precisamente ese designio altamente humanitario es el que ha impulsado á los fautores de la indicada teoría, pero es igualmente innegable que en muchos casos sería, como hemos visto, casi inicua y perniciosa, heriría al acaso á desventurados, á miserables.

Y después, ¿asegura verdaderamente esta doctrina del agravio objetivo el resarcimiento á todas las víctimas, á todos los que han sido injustamente lesionados en sus derechos, en sus intereses? No: también esta teoría se estrella contra tantos hechos luctuosos de la vida cotidiana, deja muchas lágrimas sin consuelo, muchos daños sin resarcimiento.

Supongamos (siempre es bueno recurrir al caso práctico) que una persona llama á un pobre jornalero para que blanquee la fachada de su casa. El jornalero, á consecuencia de una imprudencia que por lo demás es función necesaria de su oficio, pierde el equilibrio, se cae de la escalera y se rompe

un brazo, quedando inútil para el trabajo. He aquí un daño, injustamente sufrido, que el vecino no puede verdaderamente ser llamado á reparar. Un rayo mata á un laborioso padre de familia, el desbordamiento de un río ó un fuerte pedrisco destruyen todas las cosechas del pobre labrador que trabajosamente iba viviendo en su pequeña hacienda: he aquí dos familias que han experimentado un grave daño sin dar motivo á él para nada, grave daño que nadie, ni siquiera con la teoría de «el que rompe paga», puede ser llamado á resarcir.

En estos casos, efectivamente, decimos que la desgracia, el caso fortuito, la fuerza mayor han herido á aquellos desgraciados, y que nada puede hacerse en favor de las víctimas. Y entonces, porque cuando una concausa del hecho luctuoso puede enlazarse con la actividad de un individuo que no ofrece ningún peligro, que nada ha hecho contra las normas y reglas impuestas por la sociedad, ¿por qué habremos de llamar á un individuo responsable del daño, y no decir mejor que también en esta hipótesis estamos enfrente de una fatalidad, de una *vis maior?*

El que admite que todos los hechos dependientes del llamado caso fortuito han de quedar sin resarcimiento, por una ley de lógica que excluye toda contradicción, ha de incluir también en estos hechos fortuitos la obra inconciente del individuo que no ha mostrado en su acto ninguna antisocialidad, y también en este caso dejar á la víctima sin resarcimiento.

Después, el que juzgue con nosotros que ningún daño, de cualquier clase que sea, cualquiera que sea la causa que lo haya producido, ha de dejarse sin la debida indemnización, tendrá que buscar en otra parte la obligación á la reparación, y cuando haya encontrado un principio, una ley que justifiquen el

resarcimiento del daño en el caso del operario herido por el rayo, en el del labrador á quien el pedrisco ha destruído todas las cosechas y quitado todo medio de existencia, habrá encontrado también el medio de dar la indemnización en la hipótesis de que un individuo, tropezando por desgracia con otro, le haga caer y le cause de este modo la muerte, en la hipótesis del que luchando por juego con un amigo, le ocasione un mal físico que le inhabilite por mucho tiempo para el trabajo.

En otro lugar veremos sobre quién recae la obligación del resarcimiento cuando no hay un individuo que pueda llamarse responsable de él; por ahora, queremos insistir en el principio que ha de servir á la escuela positiva para afirmar la responsabilidad del delito de culpa.

El agente culpable ha de mostrarse *incivilizado*, anti-social, en suma, ha de revelar una temibilidad.

Naturalmente, en el delito de culpa la palabra «temibilidad» no se toma en el significado ordinario que le atribuye aquel para quien solamente es temible el que lleva en sus venas la avidez de sangre ó el que vive ejerciendo el oficio de ladrón; para nosotros viene á significar que, dado el especial ambiente en que vive la persona, dadas las especiales funciones á que está destinada, dadas las exigencias de la convivencia social, aquella persona no sabe desempeñar la parte que le ha sido asignada, no sabe llevar á cabo su misión sin ofender ó amenazar de algún modo la pacífica extrinsecación que de sus derechos hacen los co-asociados.

El ambiente social, escribe Ardigò (1) se resiente

---

(1) R. Ardigò, *La morale dei positivisti*, en las *opere filosofiche*, vol. III. Padua, 1885.—Véase también Garofalo, en la parte de su *Criminologia* (pág. 330) en que habla de la in-adaptación de los delincuentes.

de las acciones responsables y también de las irresponsables, hasta de la inacción del individuo: se reacciona contra el culpable, contra el desgraciado, contra el imbécil.

Ahora bien, si damos á la palabra «ambiente» un significado completamente relativo, de manera que podamos ampliar y restringir su alcance según los casos, comprenderemos lo que es esta reacción de ambiente, esta temibilidad contra la cual se reacciona.

Bajo cierto aspecto, podríamos decir que está inadaptado al ambiente, *in-civilizado*, temible, aquel hombre que en un baile aristocrático hace tropezar á su pareja, ó no oye una orden de ésta ó la obedece demasiado tarde ó la interpreta mal, puesto que se muestra refractario á las exigencias, á los usos que dominan en aquel ambiente determinado. Así puede bajo otro aspecto llamarse *incivilizado* y temible al que tira en medio de la calle una corteza de sandía, toda vez que no piensa que un desgraciado cualquiera puede tropezar con ella y hacerse daño; y bajo otro aspecto distinto también, puede llamarse *incivilizado* y temible al que habla mal de otros, hasta el punto de disminuir su estimación y su consideración social.

Así pues, únicamente cuando hay un hecho que represente una cierta falta de civilización, algún peligro, puede condenarse á un individuo á la pena y al resarcimiento; en otro caso, no es justo adoptar medidas defensivas.

Este es el principio genuinamente positivista, único que puede contraponerse al que ha triunfado hasta hoy, para el cual «no hay responsabilidad sin culpa».

El principio de que no hay responsabilidad sin culpa, fué proclamado principio de razón escrita, de derecho natural, y á causa de ello necesario, inmu-

table, universal y eterno; Yhering llegó á decir que tal principio es sencillo como el del químico: no es la vela lo que arde, sino el oxígeno contenido en el aire.

Pues bien, ese principio de la responsabilidad sin culpa, ha de relegarse al número de aquellas viejas frases que se repiten tan sólo porque actualmente están en uso; ha de considerarse falto de sentido, de fundamento, de lógica. Bien dice Coviello: «La frase de Ihering puede parangonarse á uno de tantos dichos vulgares, falsos en sí, pero que vulgo y sabios repiten por la fuerza de las tradiciones como aquel otro: el sol sale, el sol se pone» (1).

Volvamos á pensar qué idea es inherente al concepto de culpa que se han formado estos juristas y filósofos que van repitiendo: «no hay responsabilidad sin culpa»; volvamos á pensar á qué debe reducirse para ellos tal idea, y veremos que la frase no tiene razón de existir.

Para todos estos juristas, la culpa es «la falta de la debida diligencia», y esta falta de diligencia (como hemos podido ver al examinar las doctrinas de muchos penalistas y civilistas) depende de un vicio de voluntad, tiene por base una acción ú omisión voluntaria. Su pensamiento puede reducirse á lo siguiente, que referimos con las palabras de un moderno y valioso romanista, Ferrini, el cual se expresa así: «Donde no hay posible uso de diligencia, no hay posible infracción de las normas de ella; la diligencia no puede esperarse más que allí donde haya el uso de la inteligencia y de la voluntad.»

Hemos visto sin embargo lo que significan para estos juristas «voluntad y voluntario»: el individuo elige entre el bien y el mal, puede ser diligente ó negligente, según quiera, y puede, siempre según su

---

(1) Coviello, ob. cit.

voluntad, ser docto ó ignorante; por consiguiente, responde del delito de culpa porque su voluntad ha descuidado el prever lo que podía prever su inteligencia.

A su tiempo nos pronunciamos contra tal doctrina; pero hasta en el caso de que por voluntad debiese entenderse conciencia, según los principios científicos modernos, aunque acto voluntario significase un acto cuya ejecución es advertida en el momento en que está á punto de llevarse á cabo, aquella doctrina sería falsa y absurda.

Puede muy bien ocurrir que el que tira un fósforo encendido en un lugar en que hay paja amontonada, ejecute aquel acto involuntariamente; no hay por tanto la acción voluntaria que para los clásicos constituye la base de la responsabilidad en los hechos culpados, sino que hay para nosotros, y también para ellos, la responsabilidad del incauto.

Con la doctrina que sostiene que donde no hay posible uso de diligencia no hay infracción posible de las normas de ella, se podrá demostrar, por ejemplo, que de hecho la inteligencia del emprendedor no estaba en la posibilidad de prever el desastre que se ha verificado, y, por lo tanto, se le habrá de declarar irresponsable; se podrá demostrar que tal cochero es incauto, imprudente por naturaleza, que no es posible en él ningún uso de prudencia, que el hecho de lanzar sus caballos á toda carrera no depende de su voluntad, que ni siquiera tiene conciencia de ello, y, por consiguiente, se habrá de declarar que aquel individuo es irresponsable.

Corramos tras el concepto de voluntad entendido en el sentido metafísico de libre arbitrio ó en el científico de conciencia, y veremos á qué se reduce aquella defensa social en que los legisladores y los jueces debieran tener siempre fija su mente al redactar los códigos y pronunciar las sentencias.

La culpa no es, pues, el *sine qua non* de la responsabilidad; antes bien puede existir la responsabilidad del individuo respecto del tercero y respecto del co-asociado sin que exista en su voluntad culpa alguna, ó sin que tenga conciencia de ella.

Así como nuestra teoría prescinde del elemento de culpa, prescinde también del elemento del daño, porque, según veremos, puede el daño no haberse producido y haber sin embargo temibilidad, y porque, según hemos visto, el daño sólo no es suficiente para establecer la responsabilidad en los delitos de culpa, como tampoco en los de dolo. Nuestra teoría se detiene en los móviles, entendidos en sentido lato, que han impulsado al individuo á conducirse de aquella determinada manera; considera la temibilidad; si pudiésemos formular un principio en que sintetizar nuestra doctrina sobre la responsabilidad, al axioma «no hay responsabilidad sin culpa», sustituiríamos más bien el siguiente: «no hay responsabilidad sin peligrosidad».

No hay responsabilidad sin temibilidad; con este principio quedan eliminadas todas las discusiones que lógica y justamente pueden sostenerse cuando se insiste en la idea metafísica y filosófica de culpa. Partiendo de esta idea de culpa, siempre tendríamos que preguntarnos si el individuo podía realmente prever lo que no ha previsto, si por casualidad se encontraba en un estado de impericia que él no conocía en modo alguno ni suponía siquiera.

En cambio, importa poco según nuestra teoría que el autor del daño sea negligente é imprudente, ó porque no es capaz de aquella atención, de aquella diligencia, de aquella pericia que le imponen sus condiciones y sus obligaciones para con los co-asociados, ó porque es de tal naturaleza que ni aun la atención debida y usual sirve para hacerle concebir

ciertas posibles relaciones, ciertas probables consecuencias. También el delincuente doloso está obligado al delito por su propia índole y por los factores sociológicos, y no por esto cesa la sociedad de defenderse y de reaccionar.

Cuando se advierte un peligro, la sociedad ha de defenderse sin mirar nada más, y la primera defensa debe consistir en asegurar el resarcimiento del daño, porque defensa no es otra cosa que protección de aquellos que han sido injustamente lesionados en sus derechos.

Para emplear los medios defensivos, la sociedad no ha de mirar si la ofensa deriva de maldad dolosa, ó bien de negligencia, impericia, etc.; se reacciona contra cualquier ofensa, sólo que para escoger la medida más adecuada de reacción, es preciso considerar por qué móviles ha sido determinado el autor del delito.

B) El caso fortuito y la responsabilidad colectiva

No basta afirmar que todo daño injustamente sufrido ha de ser resarcido; no basta decir que cuando concurren ciertas circunstancias que revelan una temibilidad ó una anti-civilidad del damnificador, será él quien resarcirá el daño: siempre quedan casos en los cuales nada puede reprobarse al que es causa material del daño, y por consiguiente, según nuestros principios, nada puede pretenderse de él. Por lo demás, hasta si quisiéramos aceptar el principio del agravio objetivo, del «quien rompe paga», ¡cuántas veces nos encontraremos en frente de una fuerza superior, de un acontecimiento material y natural, de un caso fortuito que verdaderamente no pueden ser llamados á pagar!

Ahora bien, ¿qué principio de equidad y de ló-

gica es este por el cual se hace que el resarcimiento dependa de la diversa forma que puede revestir el injusto daño? ¿A qué principio de lógica y de equidad se nos puede remitir para sostener seriamente que el daño que ha debido soportar el operario al resbalar sobre el hielo, será resarcible, por ejemplo, cuando este hielo se haya formado alrededor de la fuente de que me sirvo yo para mi industria y que yo he hecho construir, al paso que no habrá por parte del operario derecho alguno al resarcimiento cuando aquel hielo se ha formado naturalmente, por efecto de la baja temperatura, en un lugar en el cual nadie podía ni estaba obligado á cuidar de la seguridad del tránsito?

Sin embargo, hasta los juristas que llegan más allá que otros en la afirmación de la responsabilidad, que tratan de establecer la obligación del resarcimiento en todas las ocasiones, se detienen en este punto como si quisiesen decir: es verdad que nos hallamos en presencia de un hecho lamentable, pero la causa del daño no puede referirse á la actividad de ningún individuo; depende de una fuerza mayor, de un acontecimiento fortuito, en una palabra, es producto del acaso, y la víctima, si bien puede impetrar algún socorro de la filantropía, de la caridad privada ó de una institución benéfica, á nada tiene derecho y ha de someterse á su destino. *Casus neminem sentit.*

¿El acaso? Puesto que en tales hipótesis el acaso es el verdadero autor del daño y se le debe abstractamente considerar como responsable, consideremos esta idea del acaso en su esencia y en su contenido.

Excusado es decir que cuando hablamos de acaso, comprendemos también en él todo lo que vulgarmente se entiende por «fuerza mayor», ya que, según han hecho ver valiosos civilistas como Longo y

Coviello (1), fuerza mayor y caso fortuito no pueden significar más que la misma cosa. Hasta la teoría más genial y característica, la de Exner, que en el evento producido por fuerza mayor quiere encontrar una proveniencia externa y una notoriedad grande del acontecimiento—cosas estas que por el contrario faltan en el daño producido por caso fortuito—no resiste á una sana crítica, lleva á ilogicidades, á injusticias en la práctica, y además sólo es aplicable en un campo limitado, el de los accidentes del trabajo.

La palabra «acaso», pues, escribía muy bien Quetelet (2), sirve oficialmente para velar nuestra ignorancia; la empleamos para explicar efectos cuyas causas no conocemos. Para el que supiese preverlo todo, no habría acaso, y los acontecimientos que más extraordinarios nos parecen, tendrían su causa natural como los acontecimientos que nos parecen más comunes.

Así, pues, el acaso es cosa eminentemente relativa, una cosa que en los albores de la civilización debe de haber dominado y debe de haber sido considerada como el factor exclusivo ó principal de todos los hechos, de todos los acontecimientos, pero que lentamente, con el progresar de la ciencia, ha ido perdiendo su dominio. Es innegable, sin embargo, que, aun hoy, nuestra ignorancia de las relaciones que ligan causa á efecto, deja muy frecuentemente al acaso una influencia decisiva; pero también es innegable que podemos suponer una civilización en la cual el acaso quedará reducido á su menor expresión, como es asimismo innegable que el acaso es relativo.

---

(1) Coviello, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, pág. 81. Lanciano, 1895.

(2) Quetelet, *Lettres sur la théorie des probabilités*, pág. 14. Bruselas, 1840.

Si antes de que el pararrayos hubiese entrado á formar parte de los aparatos usados para prevenir y evitar desgracias, un pobre operario hubiese sido herido por el rayo y á consecuencia de esta tremenda desventura hubiese perdido toda capacidad para el trabajo, habría podido afirmarse que en modo alguno podía el triste hecho referirse á la negligencia, á la imprudencia del dueño del taller, y si hubiésemos querido echar sobre él la responsabilidad de aquella desgracia, habríamos tenido que prescindir de toda teoría que mirase al elemento de la llamada culpa. Pero si hoy ocurre en un taller ese luctuoso hecho, el jurista, el filósofo y el hombre de buen sentido dirán á coro que la causa del daño se remonta á la actividad libre del empresario, toda vez que si éste hubiese sido previsor, prudente y solícito de la vida y de la salud de los operarios, habría debido prever la posibilidad de un rayo, y habría debido proveer sus fábricas y sus laboratorios del maravilloso descubrimiento de Franklin.

Así, pues, lo que hace un siglo podía ser acaso, al menos bajo ciertos respectos, no lo es ya en el tiempo presente.

Pero aun hay otra cosa: si prescindimos de ciertos casos especiales que no pueden determinarse ni enumerarse, es difícil suponer que en el caso fortuito no ha intervenido de algún modo la voluntad del hombre, que éste, por medio de la más escrupulosa atención, de la cautela más concienzuda, no habría logrado conjurar el peligro. Podemos decir que, á tal propósito, Carrara se aproximaba á lo justo cuando escribía: «Por más que lo he meditado, no he logrado concebir una hipótesis de caso fortuito en que no haya intervenido en algo la pura mano del hombre. Frecuentemente he invitado á mis opositores á presentarme una hipótesis de caso fortuito en que de alguna manera haya influído el

brazo humano, que no hubiese podido prevenirse con una prudencia mayor; nadie me la ha propuesto aún» (1).

Para hablar, pues, jurídicamente, podría decirse con Pessina (2) que «acaso es aquel acontecimiento que no solamente no fué previsto, sino que era impreveible»; á esta idea de impreveible, no será necesario anexionar ninguna idea positiva y absoluta. Conforme demuestra Coviello en su hermoso libro sobre el caso fortuito (3), la idea que del acaso debemos formarnos es diametralmente opuesta á la común: esta es absoluta, objetiva, *á priori;* la nuestra negativa, relativa, subjetiva y *á posteriori.* Sin embargo, no hay que decir que acaso es jurídicamente lo que no podemos atribuir á la voluntad humana, que en el campo jurídico acaso es lo que no se ha querido. Si, como precisamente quiere Coviello (4), debiésemos decir que cuando falta la mala voluntad y esto no obstante se tiene un acontecimiento funesto, tenemos el caso desgracia, el fatal *damnum* de los romanos, el *unfall* de los alemanes, todos los delitos que se dicen de culpa y que han de referirse, ora á la imprudencia, ora á la negligencia, ora á la impericia, se referirán al caso fortuito y la teoría de la culpa no tendría ya razón de existir, puesto que podrá muy bien sentarse como base de la culpa el principio de la voluntad, ó entendido metafísicamente en el sentido de libertad, ó con significado científico como equivalente de conciencia, pero nunca podrá decirse que en los delitos de culpa se encuentra una mala voluntad.

---

(1) Carrara, *Programma,* Parte especial, vol. I, párrafo 1095.
(2) Pessina, ob. cit., párr. 64.
(3) Coviello, *Del caso fortuito,* etc., pág. 14.
(4) Idem, ibidem, pág. 12.

Dejando á un lado, pues, toda idea de voluntad, y recordando lo que hemos escrito á propósito de la culpa, deberemos decir que hay «acaso» cuando el acontecimiento dañoso se efectuó sin que ninguna individualidad designable y circunscribible haya demostrado, por medio de actos propios, un grado peligroso, ofensivo de temibilidad ó de anti-civilidad.

Entra en el caso fortuito la desgracia á que da lugar el choque de un tren en marcha con un carro que ha atravesado la barrera de la vía férrea porque el guarda, atacado de grave é imprevisto mal, se ha visto en la imposibilidad de cumplir su deber; como también la tormenta que surge impetuosa y se traga la barca del pobre marinero, que se ahoga y deja á su familia sin pan y sin apoyo.

En estas dos hipótesis, no habrá en general individualidades que deban responder de los daños producidos, y por lo tanto, la regla mil veces repetida por tantos escritores de que no hay ningún daño sin resarcimiento, queda sin aplicación posible, como un principio que solamente es verdadero en teoría.

Basta la enunciación de una ley tan ilógica y absurda, que abandona á su suerte á tantos infelices que de nada son culpables, para demostrar que la doctrina del resarcimiento ha de ser ampliada, y que se ha de consagrar al caso fortuito mayor atención que hasta ahora.

Ahora, si nos aprestamos á considerar todas las hipótesis posibles é imaginables en que interviene y domina un caso fortuito, encontraremos que, teóricamente, podemos formar de este hecho dos distintas categorías.

O la desgracia es un hecho ineluctable que ninguna organización social mejor podría llegar á impedir, un hecho que nuestra mente no puede, al

menos con las fuerzas de que hoy dispone, imaginar como inevitable; ó bien es un acontecimiento en el cual no se revela la temibilidad de una persona circunscribible y designable, pero que sin embargo, cuando se reflexiona en las causas que lo han producido, aparece como consecuencia lógica y necesaria de defectos que alteran el organismo social y que una verdadera civilización, teniendo en cuenta los progresos científicos é industriales á que hemos llegado, habría podido y sabido evitar.

Por la fe que nos anima relativamente al continuo movimiento ascendente de la sociedad, creemos que la segunda de estas categorías es más numerosa que la primera, que el número de los casos fortuitos que pueden reducirse á un descuido, á una verdadera impericia de la sociedad, es mayor que el de aquellos en que á nadie puede reprochársele ningún defecto, ninguna insipiencia.

Pero cualquiera que sea la opinión sobre estas dos categorías, y hasta si se quiere impugnar esta distinción, que á nosotros nos parece tener cierta importancia, poco importa esto para las conclusiones á que queremos llegar, toda vez que resulta innegable una cosa, que es la obligación de toda la sociedad y por consiguiente de su organización, del Estado, al resarcimiento del daño producido por el caso fortuito (1).

---

(1) Podríamos en su consecuencia acoger en este sentido la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, significando con esta última frase aquellos acontecimientos que, aun imaginando una buena organización social, aparecen como impreveibles é inevitables. Los demás, que podrían ser prevenidos por un Estado verdaderamente próvido, representarían el caso fortuito. De este modo, la desgracia experimentada por aquel que, bajando la escalera de su casa, se fractura una pierna, podría llamarse dependiente de fuerza mayor, al paso que los daños causados por un río que crece y se desborda, constituirían

Innegablemente, en toda la organización social que caracteriza á la época presente, se cometen imprudencias, negligencias, impericias que dan lugar á hechos lamentables que se resuelven en daños para los co-asociados.

La culpa de la sociedad: he aquí un hecho que en muchos casos no puede ponerse en duda, y en el cual han insistido justamente muchos escritores.

El insigne sociólogo polaco Luis Gumplowicz lanza á la sociedad la siguiente terrible invectiva, deslumbradora de elocuencia y digna de ser meditada por todos los legisladores: «¿Qué es el delito? ¿Es acaso un hecho individual? No por cierto; es un fenómeno socio-psíquico, puesto que es también un hecho social llevado á cabo por medio del individuo. ¿Quién ha matado al recién nacido? ¿Es tal vez la madre? No, es la sociedad que vitupera á la muchacha caída, que la deja sin socorro, que la difama para toda la vida, que la abandona á su vergüenza, que la rechaza con desprecio: esta sociedad es la que ha matado al niño. ¿Quién ha robado? ¿Acaso el pobre que tiene hambre? No; la sociedad que no le proporciona ningún modo de vivir».

A la invectiva de Gumplowicz responde con observaciones positivas un criminalista alemán, Fernando Toennies (1), para concluir que todo delito, hasta como fenómeno psicológico, puede referirse á causas sociales.

---

solamente un caso fortuito, ya que un acontecimiento que hoy debe atribuirse á la fuerza mayor, puede mañana constituir solamente un caso fortuito.

En suma, para nosotros el caso fortuito viene á representar la culpa de la colectividad; la fuerza mayor vendría á representar para la sociedad lo que acaso representa para el individuo: la falta de toda culpa.

(1) F. Toennies, *Le crime comme phénomène social*, en los *Annales de l'Institut international de sociologie*, vol. II, pág. 408. París 1896.

Al polaco y al alemán hace eco un sociólogo portugués, Tavares de Medeiros, el cual, escribiendo como buen positivista sobre el delito como fenómeno social, emite un juicio que bien podría repetirse á propósito de muchos y graves delitos de culpa.

«Es incontestable, escribe Medeiros (1), que hay muchos hechos de que la sociedad es la única responsable, y con respecto á los cuales el individuo llamado delincuente no es más que un instrumento impulsado, sin saberlo él, por la fatalidad del ambiente. Los prejuicios sociales y los defectos de nuestras instituciones, son á menudo los factores exclusivos de la criminalidad, y en tales condiciones, la sociedad no cae solamente en el absurdo, sino también en la barbarie, cuando pretende modificar al individuo y defenderse de él sin modificarse á sí misma».

Para poner ejemplos y circunscribiéndonos al campo de los delitos de culpa, el Estado no impone la obligación de que la nodriza que ha de amamantar al recién nacido sea sometida á un reconocimiento médico para decidir si está atacada de alguna enfermedad contagiosa que puede comunicarse á una vida inocente que empieza; el Estado prohibe al médico que sabe que el prometido esposo está lleno de sífilis que avise á la joven y le aconseje romper un enlace que puede ser funesto para ella y para los que vengan después; el Estado se desentiende por completo del contrato de trabajo entre obreros é industriales, y no prohibe á éstos que fatiguen con demasiadas horas de trabajo á aquel que para ganarse la vida se ve forzado á aceptar todos los pactos que se le imponen.

Si el Estado no se preocupa de todo esto, siendo

(1) Tavares de Medeiros, *Le crime comme phénomène social*, en los *Annales* citados, vol. II, pág. 449.

así que los recién nacidos que chuparon el veneno con la leche de la nodriza se convertirán en hombres débiles y enfermizos ineptos para todo trabajo; que la joven, al presente esposa arruinada en su cuerpo y en su salud, no tendrá ya fuerzas para continuar viviendo y se verá privada de su marido, á quien los vicios habrán conducido á la muerte; y que los operarios fatigados por el continuo trabajo se fracturarán un brazo ó una pierna, ó envejecidos antes de tiempo, serán echados del taller como trastos viejos; si el Estado no se preocupa de todo esto y de mil otros casos semejantes, ¿no tendremos derecho á decir que el hecho luctuoso debe atribuirse á la ineptitud ó al descuido del Estado?

¿No tendremos razón para afirmar que si el Estado hubiese tenido conciencia de su misión y de los fines para que vive, habría podido y debido evitar los daños que se han producido? ¿Y por qué no habremos de hacer valer entonces frente al Estado la ley general que tiene validez para los individuos, y decir que si el Estado no ha sabido prevenir, por lo menos ha de saber reparar convenientemente, para obligarle así al resarcimiento de los daños?

La responsabilidad del Estado, no solamente se encuentra en las hipótesis que hemos formulado, en los delitos de culpa, sino que también puede encontrarse en el delito de dolo. Los factores sociales que contribuyen á éste, contienen también la insipiencia y la imprevisión de los gobernantes, insipiencia é imprevisión que los jueces deberían tomar en consideración y medir para pronunciarse bien sobre la temibilidad del delincuente (1).

---

(1) Que la «fuerza mayor» no es muchas veces otra cosa que insipiencia y negligencia de los gobiernos, lo reconoce Lozzi, el cual escribe así en la *Giurisprudenza italiana* (1883, parte IV, pág. 129): «Si los hombres de

Ya Beccaria escribía (1): «No puede llamarse precisamente justa (lo cual quiere decir necesaria) una pena de un delito, ínterin la ley no ha empleado el mejor medio, en las circunstancias dadas de una persona, para prevenirlo». Está, pues, en la mente de los juristas que pueden llamarse antiguos, y ciertamente, para la época presente, no revolucionarios, el pensamiento de que el Estado, el gobierno, deberían ejercer siempre, respecto de cualquier delito, su acción preventiva; que es obligación de los gobernantes suprimir las circunstancias que pueden dar ocasión al delito, sea causado por un hombre con intención de producirlo, ó bien ocurra por impericia y negligencia ó sea referible á un caso fortuito.

Ahora bien, si es obligación del Estado prevenir los delitos, de esta obligación deriva como corolario que si en realidad ha faltado esta obra de prevención, si el Estado ha descuidado sus deberes y á consecuencia de ello se ha producido el delito, debe imponerse al mismo Estado el resarcimiento de igual manera que se impone á cada ciudadano.

De Beccaria vamos á otro criminalista, Francisco Carrara, á quien debe considerarse como el fundador de la escuela clásica.

Carrara escribe en su *Programma* (2) que Kruseman, en un libro sobre la federación universal de los ciudadanos, habla de la obligación inherente al Estado de resarcir los daños producidos por la insolvencia y el caso fortuito, y dando muestras de acep-

---

ciencia y de gobierno, y señaladamente las autoridades locales, hubiesen cumplido escrupulosameute su deber, habría podido evitarse el desastre de Casamicciola. ¿Qué estudios se hicieron, qué precauciones se tomaron después del terrible terremoto del año anterior?»

(1) Beccaria, ob. cit., párr. XXXVI.

(2) F. Carrara, *Programma*. Parte general, párr. 554.

tar la doctrina de Kruseman, se expresa en los términos siguientes: «Es moral que la sociedad de la cual los buenos ciudadanos tenían derecho á exigir protección, repare los efectos de la falta de vigilancia», mostrando con esto opinar que cada vez que se perpetra el delito de un individuo, ha de haber como correlativa una falta de vigilancia por parte de la sociedad.

Pero, aun prescindiendo de estas hipótesis que hemos presentado, aun reconociendo que, concretamente, quizá no es exacta la idea de que donde hay delito hay falta de vigilancia, no obstante, siempre habremos de considerar que la responsabilidad de la sociedad, parcial ó total, existe mil veces indiscutiblemente.

En tantos casos en que tenemos desgracias que lamentar, desastres que reparar, si se consideran bien las cosas sin detenernos en las apariencias, en la corteza, si queremos remontarnos al responsable remoto, á la primera causa del hecho, habremos de persuadirnos de que, en cierto modo, puede llamarse á la sociedad responsable, que, bajo cierto aspecto, el hecho luctuoso puede referirse á la sociedad.

Así pues, por un lado, y en cuanto á una gran parte de acontecimientos que se atribuyen al caso fortuito, está demostrado que la obligación al resarcimiento por parte del Estado es justa, lógica y necesaria. Esta obligación no solamente es exigida por la moral, conforme parece pensar Carrara, sino que está impuesta por la justicia, la cual exige que se oponga una eficaz reacción á una acción que de algún modo lesione los intereses y los derechos ajenos.

Por otro lado, es verdad también que hasta respecto de la sociedad tenemos los casos fortuitos, aquellos acontecimientos que no podían preverse ni evitarse; pero también en tales hipótesis, si no puede afirmarse la responsabilidad del Estado, es siempre

lógico, equitativo y humanitario declarar que el Estado está obligado al resarcimiento de los daños.

Para quedar persuadidos de esto, basta pensar en la idea moderna y científica del Estado. Es inútil declarar aquí que no aceptamos la teoría de Rousseau sobre el contrato social, mas no por esto podemos negar que á las limitaciones que el individuo sufre en la co-asociación, han de responder ventajas, derechos correlativos. Si la esfera de mi derecho está limitada por el derecho ajeno, si en la extrinsecación de mi actividad tengo que detenerme allí donde encuentro el derecho de los otros, y si el Estado interviene para que sea respetado ese derecho de los demás, ¿no es también justo sostener que al lado del sacrificio ha de existir el beneficio, que á la intervención del Estado por un lado á fin de que yo no aumente mi derecho hasta donde no es equitativo, deba corresponder por otro lado la intervención del Estado para que cuando mi derecho ha sido lesionado sea resarcido por la colectividad? Si al Estado le quitamos esta misión de distribución equitativa, de alivio de los males injustamente sufridos, verdaderamente no sabemos imaginar á qué se reduce su obra, ni cuáles son las ventajas que la organización social puede reportar á cada ciudadano.

Pero hay más: el individuo que hoy es herido por el caso fortuito, es, en el gran mecanismo social, una pequeña rueda que coopera sin embargo al movimiento del engranaje, y cuando esta rueda está rota, toda la sociedad se resiente de un daño mayor ó menor, de una perturbación más ó menos conciente.

Es preciso, pues, frente al caso fortuito que hiere al ciudadano, declarar la responsabilidad de toda la co-asociación para la cual suda y se afana el ciudadano, á la cual pertenecía la víctima y por la cual tenía derecho á ser protegida.

La sociedad, que reportaba en cierto modo las ventajas y las utilidades de las fatigas y de la obra de aquel co-asociado, debe sufrir también los daños que pueden sobrevenirle, puesto que, por lo demás, la co-asociación nacional, el Estado, ha de estar regido en sus principios generales por las normas con que se gobiernan las asociaciones menores, aquellas asociaciones en que entran los individuos para obtener ciertos beneficios. «Uno para todos, todos para uno» es la divisa de estas sociedades de socorro mutuo, y si una desgracia hiere hoy á un co-asociado, el daño es repartido y subdividido entre todos los compañeros.

Por lo demás, ¿acaso no es la sociedad toda entera la que experimenta las ventajas de la inteligencia, del genio, del trabajo material ó cerebral que los individuos van llevando á cabo? Roentgen descubre los rayos de lo invisible, é inmediatamente experimenta la colectividad las ventajas de tal descubrimiento y los gobiernos se sirven de él hasta para las aduanas y el contrabando. Hoy, Marconi transmite la electricidad sin alambre de un punto á otro de la tierra, y mañana todos los co-asociados podrán disfrutar de esta aplicación, y antes que nadie el Estado que en caso de guerra, por ejemplo, adquiere la seguridad de unas comunicaciones que no pueden ser interrumpidas.

Usufructuando, pues, el Estado el trabajo y la inteligencia de cada uno, el genio que la naturaleza ha concedido á un individuo, debe soportar también las consecuencias dañosas producidas por el acaso, que en lugar de beneficiar al ciudadano, le hiere y labra su desventura. Esta equitativa distribución por la cual todos reportan las ventajas de la obra del genio de cada uno y por la cual el particular no es el único en sufrir los daños que sobre él han caído y no por deméritos propios, es hermosa y verdaderamente moral.

Si por medio de todos los progresos de la industria debidos á máquinas peligrosas y que es preciso manejar con cautela, por medio del trabajo asiduo, fastidioso, de tantos individuos que consumen su cuerpo y su mente, por medio de las vías férreas que tanto favorecen el desarrollo del comercio y de la civilización, el Estado moderno ha conseguido tantas utilidades y tantos beneficios, y puede satisfacer con mayor goce y menor dispendio sus necesidades y sus deseos siempre crecientes, es natural que deba sufrir los daños eventuales de esta civilización, de este progreso, es natural que sea considerado como cómplice, y que á falta de otros que no puedan responder porque quedan desconocidos, ó porque son demasiado desventurados, ó porque están libres de toda culpa, tenga él que resarcir el mal, tenga que procurar que las consecuencias del daño sean lo menos funestas y desastrosas posible.

Se dirá en este punto: ¿acaso el Estado es una sociedad de seguros contra los infortunios? En verdad que no sabemos ver lo que puede haber de injusto ó de anticientífico en esta analogía entre el Estado y una asociación que vive dentro del Estado y es por éste protegida; ni sabemos verdaderamente en qué podría perjudicar al Estado el ser, en algunas de sus relaciones y de sus misiones, semejante á una compañía de seguros.

Por lo demás, el principio en que nos fundamos para imponer al Estado la obligación de resarcir los daños que un coasociado ha podido sufrir por efecto de la desgracia, del caso fortuito, es mucho más noble, alto y humanitario que el mezquino y egoista que mueve á una sociedad de seguros. Aquí, capitalistas que, para aumentar sus rentas, llevan á cabo un trabajo nada más que aparente, y basándose en el cálculo de las probabilidades, obtienen cada año pingües dividendos de su empresa; allí, según nues-

tra concepción, el Estado que reparando con la fortuna de la colectividad los daños sufridos por el particular, desarrolla y hace cada vez más concientes aquellos sentimientos de solidaridad universal que Guyau sentaba como base de su sistema filosófico (1) y que Izoulet se esforzaba recientemente por encontrar en todos los fenómenos sociales (2), aquel sentimiento que ciertamente de un modo insensible, pero innegablemente, se va afirmando cada día más entre los hombres hermanándoles á todos en las alegrías y en los dolores. Porque escribía Ferri muy bien (3), «la verdad positiva es que en el mundo humano es una ley eterna la de la lucha por la vida progresiva que va atenuándose en los sentidos y en los ideales; pero al lado de ella, y más que ella, como determinante progresiva más eficaz de la evolución social, está la ley de la solidaridad y de la cooperación entre los vivientes».

Por lo demás, el principio de que los daños producidos por caso fortuito deben ser resarcidos por la colectividad, vive ya, aunque en embrión, y tampoco en este terreno hemos de hacer más que ampliar principios generales que conciente ó inconcientemente han logrado ser reconocidos.

Un terremoto, por ejemplo, produce en una ciudad grandes catástrofes, y deja sin pan y sin hogar á innumerables familias; es esta una fuerza mayor sin culpa alguna, y de la cual por tanto nadie debería responder. La desgracia ha caído sobre aquellos desdichados, peor para ellos; tal sería, expresada en modestos términos, la teoría jurídica del caso for-

---

(1) Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*. París.

(2) Izoulet, *La cité moderne*, París, 1896.

(3) Ferri, *Socialismo e scienza positiva*, página 47. Roma, 1894.

tuito, que trae sus nobles orígenes del derecho romano.

Por el contrario, en esta hipótesis, como en las semejantes de un río que se ha desbordado y ha inundado todos los campos de una región determinada, además de la caridad de los ciudadanos, intervienen la beneficencia pública, el gobierno, el municipio, que dan subsidios y tratan de reparar el mal.

Ahora bien, ¿quién podría sostener en serio que tales medidas por parte de los gobiernos y de las autoridades son debidas á filantropía, á generosidad, á un espíritu voluntario de caridad? La caridad y la filantropía son cosas á las que nadie tiene derecho; obran espontáneamente, sin que ninguna fuerza pueda obligarlas. Al contrario, en los infortunios que hemos supuesto, si la colectividad no interviniese, si el gobierno no proveyese de algún modo, todo el mundo hablaría de iniquidad, todo el mundo diría que el Estado ha faltado á sus deberes, á sus obligaciones.

Ahora, si el deber de la colectividad existe cuando el caso fortuito hiere á centenares ó millares de ciudadanos, ¿por qué este deber habrá de atenuarse y desaparecer cuando los heridos por la desventura, en vez de miles de individuos, son unos pocos ó quizá uno solamente?

Es verdad que el mal es menor y por tanto la perturbación no se propaga velozmente y con evidencia, pero de todos modos no puede ponerse en tela de juicio con argumentos serios el deber de la colectividad de reparar el mal sufrido por el particular. Si la sociedad toma á su cargo la indemnización en la hipótesis en que el daño es espantoso, y por consiguiente el resarcimiento asciende á cifras elevadísimas, aparece lógicamente natural que con mayor razón deba intervenir la colectividad cuando

el daño sufrido por el individuo es leve y puede ser reparado sin sacrificio sensible.

Pero hay más: no solamente la colectividad interviene para poner remedio á los daños provenientes del caso fortuito que directa ó indirectamente pueden haber producido un grave perjuicio en los particulares, sino que atiende también á aquellos daños que, viniendo á deteriorar una cosa material, disminuyen las comodidades que cada uno puede sacar de la vida social.

La inundación ha estropeado el camino, un desprendimiento de tierra ha hecho imposible la comunicación de país á país por la vía que era más breve y cómoda, y la colectividad interviene de diverso modo según los casos, y según que el camino era real, provincial, vecinal, las varias colectividades públicas de la nación intervienen y gastan las sumas que son necesarias para la reparación del camino.

Intervienen, según los casos, el Estado, la Provincia, el Municipio, y, sin embargo, ningún perjuicio directo resulta para el ciudadano lombardo de que no pueda transitarse por una carretera real de la Calabria, y muchas veces el daño es bastante problemático, hasta para los habitantes de las varias porciones de un municipio, en el caso de que una de éstas no pueda hacer uso del atajo que la atraviesa.

Nada tiene, pues, de extraño, y no se opone á la justicia ni á los principios en que se inspiran las leyes modernas, que nosotros sostengamos que la colectividad, que resarce el daño producido por el caso fortuito en la hipótesis de que el acaso venga á lesionar algún interés material, algún derecho mediato de cada ciudadano en particular, deba resarcirlo también cuando, faltando la culpa ajena ó por necesidad desgraciada, se ha producido un daño di-

recto en la salud ó en el patrimonio económico de un particular (1).

Esta idea de una responsabilidad colectiva que surge ante los daños producidos por caso fortuito ó fuerza mayor, ha sido sostenida con mayor ó menor argumentación, con extensión más ó menos audaz, y en esta idea se inspiran algunos sociólogos modernos que nos parece oportuno recordar brevemente.

Ferri (2), entre otros, ideó el Estado cesionario de los derechos de la víctima de un delito respecto de los autores de éste; Vacchelli (3) habló de una responsabilidad de las administraciones públicas como consecuencia de los principios de justicia reparadora, de una responsabilidad que viene á mani-

---

(1) Esta idea moderna de la solidaridad puede enlazarse con la teoría, actualmente demostrada por la psicología, de que en el individuo, además de la conciencia individual que le impulsa á desear su propio bien privado, existe una conciencia colectiva que le impulsa á desear el bienestar del grupo á que pertenece.

Herbart había escrito antes que nadie (*Lehrbuch der Psychologie*, 2.ª edic. pág. 240), que la psicología queda siempre incompleta porque considera al hombre como individuo aislado. Lewes sostiene en sus *Problems of life and mind*, tomo I, pág. 109, que el hombre no es simplemente un organismo, sino también una unidad en un organismo social. Hoy, al lado de la psicología ordinaria que tiene por objeto el hombre-individuo, ha surgido, especialmente por obra de escritores alemanes, una psicología del hombre social y de los diversos grupos humanos (*Volkerpsychologie*).

Estas teorías de la ciencia moderna las toma en consideración Ferri en el campo de la sociología criminal. (véase el artículo: *Temperamento e criminalità*, en la *Scuola positiva*, Agosto, 1896), y jóvenes escritores, como por ejemplo Miceli, en el derecho constitucional, y Tangorra en la ciencia de la Hacienda.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 702.

(3) Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto civile*, pág. 208. Milán, 1894.

festarse en todos aquellos casos en que la administración repara un daño que propiamente no le es imputable, pero al cual le corresponde igualmente subvenir como dependencia de la posición que ocupa y de los deberes que tiene respecto de la sociedad; y antes aún el mismo Vacchelli (1), en un trabajo sobre la asistencia que, por otra parte, no sale del campo de la ciencia de la administración, sostuvo el derecho y el deber del socorro.

Cavagnari (2), viniendo de este modo á reconocer implícitamente las exageraciones de su teoría de la causalidad, escribe las siguientes preciosas palabras: «Nosotros consideramos la obligación del Estado de resarcir aquel daño que otro no estuviese obligado á resarcir, como la natural consecuencia del oficio de integración y protección del Estado, como la actuación del principio que inspira al Estado democrático y le impulsa á aliviar un daño donde quiera que se manifieste, y á distribuir sus consecuencias gravando con ellas á todos».

Verdaderamente, podría objetarse que Vacchelli se limita al campo de la ciencia administrativa y que Cavagnari se refiere solamente á las catástrofes de los ferrocarriles; pero todo el mundo comprende que una vez admitido el principiò para un caso especial ó para un grupo de casos, no hay razón para tenerlo tímidamente limitado, para no darle todas las aplicaciones de que es susceptible, de no extenderlo hasta donde exige el interés social.

Este es nuestro pensamiento, lógica manifestación y aplicación de los principios que proclaman los autores á que nos hemos referido; sólo que ellos no se atreven á llegar á las últimas consecuencias, y Cavagnari, por ejemplo, en el artículo á que ya hemos

(1) Vacchelli, *L'assistenza pubblica* Cremona, 1891.
(2) Cavagnari, en la *Scuola positiva*, año III, pág. 976.

hecho alusión, se detiene á mitad de camino, escribiendo que no puede darse una función social que se proponga como fin el reparar todos los males posibles, «porque esto excedería de la capacidad de las fuerzas humanas». Según es fácil ver, la capacidad de las fuerzas humanas, cuando se unen, es inmensa; pocos infortunios pueden imaginarse que la colectividad, interviniendo toda ella, solidariamente, no logre reparar, al paso que hoy pueden enumerarse muchos, muchísimos, que habiendo de ser soportados por cada individuo en particular, son para él un mal verdaderamente irreparable y tremendo.

Antes de acabar con la responsabilidad colectiva, queremos aclarar un punto que presenta especial importancia.

Al sostener que la colectividad ha de intervenir para resarcir los daños producidos por el caso fortuito y la fuerza mayor, no queremos sostener que cuando se presenten el caso fortuito y la fuerza mayor, debamos remontarnos siempre y en todo caso á la responsabilidad del Estado.

Ciertamente que el Estado, el cual representa la organización de la sociedad, será por lo general llamado á indemnizar los daños del caso fortuito, pero podrá muy bien suceder, en ciertos casos especiales, que la colectividad-Estado sea sustituída por otras colectividades de menor importancia y extensión, públicas y privadas.

Ante todo, debajo del Estado encontramos, como organizaciones políticas, la Provincia y el Municipio, y en ciertos casos puede surgir de estas entidades la responsabilidad que exime la del Estado.

Pero prescindiendo de esto que tiene una importancia secundaria, hay otra especie de responsabilidad colectiva fuera de las entidades públicas: la responsabilidad de sociedades, de compañías privadas, de casas é instituciones comerciales, responsabilidad

que puede afirmarse y declararse al igual que la del Estado, prescindiendo de toda idea de culpa, de toda idea de temibilidad y de peligrosidad.

El Estado interviene como responsable (ya lo hemos visto) porque se le puede reprochar un descuido ó una impericia, y porque él, que reporta las ventajas de toda la colectividad, debe sufrir también los daños que no resultan de ninguna actividad humana peligrosa.

Ahora bien, puede ocurrir que dentro del Estado haya una colectividad menos extensa que evidentemente reporte las ventajas de la obra del que ha sido víctima del caso fortuito, ó á la cual pueda referirse de algún modo el caso fortuito que resulta de una fuerza que es causa de ventajas para esta co-asociación privada; en tales hipótesis, pues, surge la responsabilidad de esta asociación menor, responsabilidad que se afirma por medio del conocido aforismo *cuius commoda eius incommoda*, y que elimina la responsabilidad del Estado.

Un operario es involuntariamente herido en un taller por un compañero con una herramienta de trabajo: puesto que la actividad del que es lesionado reporta ventajas al propietario de la industria, y puesto que además depende del mismo industrial la actividad que ha causado daño, debemos decir que en esta hipótesis, cuando no le falten al industrial los medios pecuniarios, el Estado podrá librarse de toda obligación de resarcimiento transfiriéndola á aquella colectividad que constituye precisamente la empresa industrial, y que indudablemente está ligada directamente con vínculos muy visibles con la actividad del que es herido por el caso fortuito.

Como cualquiera comprende, este razonamiento puede repetirse con frecuencia cuando se trata de accidentes del trabajo y de catástrofes de ferrocarriles, y á él haremos alusión cuando desenvolvamos tales

cuestiones; pero aquí importaba hacer notar que la responsabilidad del Estado puede ser sustituída en algún caso. No por esto, sin embargo, desaparece la misión del Estado de tutela de los ciudadanos: ocurrido el caso fortuito, el Estado indemnizará instantáneamente en todas las hipótesis al que lo ha sufrido, reservándose el ejercitar á su tiempo todos los medios judiciales que le conceden las leyes contra aquella sociedad industrial ó aquellos capitalistas que por razones de equidad deben ser llamados á responder del daño.

De este modo habríamos acabado de hablar de la responsabilidad colectiva, si, por escrupulosidad, no quisiésemos dedicar dos palabras á responder á una objeción que puede presentarse con alguna apariencia, pero cuya poca eficacia y ningún valor se hacen ver fácilmente.

Habéis sostenido — podría objetar alguien — que toda la sociedad, el Estado, deben ser obligados al resarcimiento del daño algunas veces, ó sea, en aquellas hipótesis que podrían llamarse de caso fortuito en el sentido estricto de la palabra, porque han revelado una imprudencia, un descuido, una impericia que les hacen culpables como un ciudadano particularmente considerado.

Ahora bien, la culpa del particular, del individuo, la decidirán los tribunales, los jueces que exprofeso nombra la sociedad; pero ¿quién podrá decidir esta culpa, esta responsabilidad colectiva? ¿Tal vez aquellos jueces, se dirá, que son una emanación social y cuya dote característica es proteger el Estado social en que viven y del que son una emanación directa? ¿Y cómo se actuará este extraordinario procedimiento contra una colectividad culpable?

También nosotros estamos plenamente convencidos de que querer llegar en la sociedad actual á la comprobación de la responsabilidad colectiva con

los mismos medios, con los mismos órganos, con los mismos procedimientos que se usan en los casos de responsabilidad privada, es cosa absurda é imposible; pero ¿qué importa preocuparnos de esto?

A la comprobación de la responsabilidad colectiva, se llega por vía de eliminaciones.

Cuando existe un daño injustamente sufrido por alguien, existe de seguro una causa que lo ha producido. Esta causa puede ser, ó la intención de una persona física ó jurídica circunscribible ó designable, ó bien puede encontrarse en el descuido, en la imprudencia, en la impericia de estas mismas personas. Cuando no logramos encontrar ni intención criminosa ni culpa temible de personas semejantes, y sin embargo existe el daño, estamos entonces en presencia de la culpa de la colectividad. Si el daño era ineluctable cualquiera que fuese la organización social, entonces interviene el Estado por la obligación que tiene de reparar los daños que podrían decirse dependientes de fuerza mayor; después, si el Estado había podido prever y evitar aquel daño, surge entonces una responsabilidad por culpa que se puede afirmar sin remontarse á aquel principio general. Pero, según nuestra teoría, tanto en una como en otra hipótesis, habremos proveído á lo que verdaderamente apremia y es esencial, el daño será resarcido, y por consiguiente será inútil fatiga, labor de metafísico ir rebuscando y haciendo constar por la vía judicial la culpa de la colectividad, su obligación á la indemnización.

Excluída la intención ó la culpa de todo el mundo, queda la responsabilidad de la colectividad toda entera; por consiguiente, para nada importa indagar si por parte de la sociedad hay en el hecho dañoso descuido ó impericia, ó bien si el acontecimiento dañoso era inevitable por óptima que fuese la organización social.

Ciertamente, los que se interesen de corazón por los destinos de la humanidad, los que se preocupen de acelerar el movimiento continuo del progreso y de abrirle paso, sentirán y comprenderán las hipótesis en que el hecho luctuoso depende de la mala organización de la sociedad, de defectos de instituciones, señalarán los males, indicarán los remedios, mostrarán los cambios, las innovaciones, las transformaciones que se requieren é imponen. Y es de augurar que en día no lejano, los hombres de Estado, los gobernantes, serán movidos por sentimientos más nobles, por pasiones más altruistas, y con el único fin de preparar á la humanidad para destinos mejores, prestarán benévolamente oído á las palabras de los sabios, de los doctos, y tratarán con toda clase de esfuerzos de traducir en la práctica lo que la *selección social* ha sabido mostrar en teoría.

Así hemos venido afirmando dos principios que tienen en nuestro estudio una importancia capital: uno, que para castigar la culpa, para obligar al resarcimiento en los hechos culpables, puede y debe prescindirse de cualquier elemento de voluntad; otro, que el resarcimiento se hace obligatorio para la colectividad ó para quien la representa, cuando el daño no puede atribuirse á un particular ó á una persona jurídica que obra como tal.

Es oportuno ahora ver que estos dos principios, que estimamos necesarios é indispensables para el buen funcionamiento de la justicia en un país, para la consecución de una verdadera defensa social, han sido siempre más ó menos concientemente sentidos, hasta cuando preponderaron ideas metafísicas de libertad y voluntad por un lado, de culpa eminentemente subjetiva por otro.

Expondremos, por consiguiente, á grandes rasgos, en los largos períodos de la historia que han precedido á nuestra época, algunas normas, algunas dis-

posiciones vigentes en las legislaciones penales, y cuando hayamos demostrado que, cuando surgen, las sociedades tienen necesidad para su organización de afirmar poco más ó menos los principios que hoy quieren desconocerse, cuando veamos que, obligadas por las exigencias de la práctica, legislaciones perfeccionadas y la jurisprudencia contemporánea han de abandonar las teorías metafísicas y llegar á las conclusiones que derivan de aquellos dos principios, habremos dado una prueba matemática del valor y de la verdad de las reglas que hemos establecido.

Comencemos por el principio según el cual se prescinde, para castigar el hecho culpado, de buscar para nada la voluntad.

Es cosa sabida de todos, y en la cual sería vana fatiga insistir aquí, que las legislaciones de los pueblos primitivos y las de los bárbaros y salvajes actuales, se basan todas en el agravio objetivo prescindiendo de toda idea de voluntad.

En el derecho antiguo de todos los pueblos se mira más al agravio que al delito. Bien dice Sumner Maine que «las personas ofendidas atacan al ofensor por medio de una acción civil ordinaria, y si logran buen resultado, obtienen una compensación en forma de resarcimiento de daños» (1).

En el *Darmasastra*, por ejemplo, que representa la legislación índica, no hay ninguna graduación de culpa y ni siquiera se encuentra la distinción entre culpa y acaso, por manera que de cualquier modo que hubiese ocurrido la violación de la ley, bastaba simplemente que fuese involuntaria ó producida por inadvertencia, para que sin más se reputase culpable, sin fijarse para nada en si fué casual. Lo mismo sucedía, poco más ó menos, en la legislación hebraica (2).

---

(1) Sumner Maine, *L'ancien droit*, pág. 350. París, 1894.
(2) Masini, ob. cit., págs. 7, 16 y 29.

El célebre sociólogo ruso Máximo Kovalewsky nos enseña que las fuentes germánicas y célticas no hacen distinción entre delito voluntario y acto imprudente. Discutiendo después doctísimamente acerca de los usos y costumbres de la tribu de los osetas, que los rusos encontraron siempre en estado primitivo, escribe textualmente lo que sigue: «Los osetas no miraban más que el lado objetivo, y su atención sólo se fijaba en el daño causado á la víctima», y da la razón de este hecho añadiendo «que las sociedades patriarcales no castigan, ni á los delincuentes, ni á los violadores del orden moral y legal, sino á los violadores de los intereses de toda la raza y de sus miembros separados» (1).

Kropotkine, que ha estudiado también las costumbres de los pueblos salvajes, escribe que «la idea del *clan* está siempre presente en el espíritu del salvaje moderno, y el sacrificio de sí mismo, el abandono de sus intereses, se encuentra cada día. Si ha herido accidentalmente á alguno de su tribu, y ha cometido así el mayor de todos los delitos, entonces se convierte en un completo miserable» (2).

«Entre los griegos, escribe Pastoret, la idea de que un homicidio involuntario era más que una desventura, fué casi universal. Por haber cometido uno, dejaron muchos reyes el trono y se alejaron del país que gobernaban. Así vió la Argólida á Anfitrión, descendiente de Perseo, del príncipe que había fundado el reino de Micenas, retirarse á Tebas por haber matado por un accidente á Electrión; y también Etolo, antiguo rey de Helida, tuvo que

(1) Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne (Droit coutumier*, etc.), págs. 278 y 296. París, 1893.

(2) Kropotkine, *L'assistance mutuelle chez les sauvages*, en la *Revue scientifique*, 13 Junio 1891.

abandonar su país y el trono por haber cometido un homicidio involuntario» (1).

Pero prescindamos de los derechos de los pueblos primitivos ó poco perfeccionados, de pueblos que serán tachados de bárbaros y salvajes, aun cuando en ciertas disposiciones aparezcan menos bárbaros y salvajes que los nuestros, y vayamos á una legislación á la que hasta hoy hemos tributado admiración y veneración, y que ciertamente se basa en teoría en la imputabilidad moral: la legislación romana.

El pueblo de Roma era eminentemente práctico, quería que las leyes sirviesen lo más que se pudiese para las exigencias cotidianas, y por lo tanto, cuando la defensa social lo requería, doblaba hasta casi romperlas aquellas normas teóricas que juristas y filósofos se habían afanado por declarar inmutables y eternas.

Sin remontarnos á la ley de las Doce Tablas, que representa el derecho primitivo y en caso de hurto castiga al impúber sin indagar para nada si tenía la madurez de espíritu y la imputabilidad necesaria, es menester admitir que, aun en el período más floreciente del derecho, se consideraron como voluntarios actos forzosos, para concordar de este modo la teoría metafísica y la práctica positiva.

«Que la ley, escribe Coviello (2), pueda obligar independientemente de la voluntad, no se concibe (en teoría, añadimos nosotros), y cuando se encuentran otras obligaciones que no dependen ni del contrato ni del delito, se trata de referirlas por fuerza (á fin, añadimos nosotros, de satisfacer las

(1) Pastoret, *Storia della legislazione* (vers. ital.), volumen II, págs. 282-325.

(2) Coviello, ob. cit., pág. 192.

exigencias de la práctica) á las dos siguientes: *quasi ex contractu* y *quasi ex delictu.*»

Es fácil notar, y Venezian lo ha hecho mejor que nadie, que la responsabilidad *navigandi causa, cauponae exercendae causa,* por las cuales los propietarios de una nave, de un establo, de un albergue, respondían siempre del hecho de cualquiera que se encontrase bajo su dependencia, la de *effusum et deiectum* y la del *positum et suspensum,* que para los daños ocasionados echando ó colgando objetos de algún modo peligrosos, se remonta desde cualquiera que se encuentre en el *cubiculum* al *habitator,* y la de los cobradores de gabelas por los hechos de sus dependientes culpables de concusión ó de damnificación (1), á las cuales puede añadirse la del juez por los daños ocasionados á los litigantes por su impericia, no se apoyan verdaderamente en la voluntad. Semejantes responsabilidades no se refugian á la verdad bajo las grandes alas de la imputabilidad moral, que no siempre puede acoger todo lo que á ella se dirige.

Muy bien escribe Venezian que tales disposiciones sólo pueden justificarse con la utilidad pública que se tiene siempre presente: son promulgadas *utilitatis publicae causa.* Ihering (2), que, sin embargo, sostiene que sin culpa no hay ninguna responsabilidad por el hecho acaecido, es decir, ninguna obligación al resarcimiento del daño, que la culpa y no el daño obliga al resarcimiento, se ve obligado á decir, como hace notar con agudeza Venezian (3), que en algunos casos hay responsabilidad *sine culpa* «*polizeitsche Motiven*», por motivos de policía.

---

(1) Venezian, *Danno e risarcimento fuori de contratti.*
(2) Ihering, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht.*
(3) Venezian, ob. cit.

Aun cuando el principio de la responsabilidad objetiva no pueda naturalmente haber imperado en el derecho romano, en las acciones *noxales* el vínculo causal objetivo resulta bastante claro, y si no queremos caer en las sofisterías y sutilezas de los que también aquí pretendieron establecer el castigo de una culpa ó negligencia del propietario, hemos de admitir que el dueño del esclavo y el propietario responden del daño causado porque la causa actual especial del daño que otro experimenta, es la causa general potencial de un beneficio para el dueño.

En la *actio de pauperie*, por la cual el propietario responde siempre de los daños causados por su animal, es precisamente donde aparece evidentemente abolido el principio de la imputabilidad. Muchos filósofos y juristas no supieron persuadirse de como los romanos hubiesen admitido una responsabilidad no acompañada de la segura base de la culpa, y Thibaut, Gluck, Hasse, llegaron á tener por presupuesto de la *actio de pauperie* la culpa del propietario del animal. Otros, entre ellos Ferrini (1), sostienen que para los romanos «se busca al animal como autor del daño».

Sin embargo, para sostener la primera y la segunda opinión, se requieren esfuerzos hercúleos de argumentación, y por otra parte, aquellas disposiciones solamente quedan justificadas cuando se recurre á la utilidad pública, á la defensa social.

No entendemos negar que la doctrina del derecho romano tratase de justificar, con el principio de la

---

(1) Ferrini, *Delitto e quasi-delitto*, en el *Digesto Italiano*. Entr. 308, núm. 8. Véase también Barassi, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto improprio*, etc., en la *Rivista italiana di scienze giuridiche*, vol. XXIII, fasc. 3.º, pág. 57, 1897, quien escribe que el punto de vista más ó menos conciente de los juristas romanos en materia de culpa, es la imputabilidad del animal.

voluntad, las disposiciones especiales á que nos hemos referido, antes bien es incontestable que el derecho romano trata, cuando puede, de referir toda responsabilidad al principio de la culpa, y tampoco al mencionar tales normas queremos darles nuestro pleno asentimiento, que al contrario, el principio del agravio objetivo, admitido en toda su extensión, conduce á la doctrina de Cavagnari que hemos rechazado; únicamente hemos querido hacer ver que en la práctica, en la legislación, el derecho romano se preocupó del resarcimiento del daño, el cual trataba de hacer obligatorio en el mayor número posible de casos.

Sabemos ya que en la época bárbara es principio elemental que no se mira á la intención, que no hay distinción entre dolo, culpa y acaso (1), y en la hipótesis de homicidio por culpa, la pena es igual á la sancionada para el homicidio doloso.

En el derecho longobardo, por ejemplo, y especialmente por el edicto de Rotari, había de pagarse, conforme hace notar Palmieri (2) la compensación metálica del muerto aun en el caso de homicidio involuntario ó fortuito. Así se caía en un exceso opuesto al que hoy hemos de deplorar, teniendo en cuenta casi exclusivamente el daño producido (3); pero por otra parte, se promulgaban disposiciones justas y civilizadas, como las referentes á los accidentes del trabajo, para regular la organización de los maestros comacinos (4).

---

(1) Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. V, párr. 59.

(2) Palmieri, *Il diritto penale da Giustiniano ai nostri giorni*, en el *Trattato di diritto penale* de Cogliolo, parte 1.ª, vol. I, pág. 333.

(3) Decimos *casi exclusivamente*, porque también en el derecho longobardo aparece en ciertos casos especiales la distinción entre dolo y culpa, como nota Salvioli (*Manuale di storia del diritto italiano*, 2.ª edic. Turín, 1892).

(4) He aquí los dos artículos á que aludimos, incluí-

Pero lo que importa hacer notar es que hasta en la época del predominio neo-latino, cuando el derecho canónico inspirado en los principios de imputabilidad y de libertad venía á lanzar el principio: «*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*» (1), en-

---

dos en un edicto de Rotari de 22 de Noviembre 643, edicto que Muratori sacó de los archivos en que había estado por largo tiempo sepultado.

«Art. 144.—Si el maestro comacino con sus compañeros se ha encargado de restaurar ó fabricar la casa de quienquiera que sea, fijado el pacto de la merced, si acontece que alguien muera por el desplome de la misma casa ó del material ó de una piedra, no se investigue del dueño á que pertenece esta casa, sino que el maestro comacino compondrá el mismo homicidio ó el daño, puesto que, habiendo por un lucro aceptado en la fábrica el acuerdo de las mercedes, no inmerecidamente debe sostener el daño.»

«Art. 145.—Si alguien ha llamado ó conducido uno ó más maestros comacinos á ejecutar los trabajos ó á prestar una ayuda entre sus siervos para hacer construir una casa ó un palacio y ocurre que en el trabajo muera algún comacino, no se pregunte á aquel á quien pertenezca la casa; si cayendo un árbol ó una piedra ha matado á una persona extraña ó causado un daño, no se atribuya á culpa del maestro, sino que aquel que lo ha conducido sufra el daño.»

Cuando se considere que los maestros comacinos, como nota Merzario (*I maestri comacini*, págs. 39 y siguientes, 1893), no han de ser mirados como simples albañiles ú operarios, sino como personas que ejercían oficios que hoy corresponden al arquitecto, ingeniero, artífice, artista, es preciso concluir que, según las leyes longobardas, se tenían sobre los accidentes del trabajo principios más científicos que... los modernos.

(1) Salvioli escribe (ob. cit., párr. 312) que la Iglesia fundió los elementos morales subjetivos con los materiales y objetivos, pero verdaderamente la fusión se produjo por el encuentro de dos corrientes diversas. La Iglesia tomó en cuenta exclusivamente el elemento moral y por consiguiente la intención. El mismo Stoppato, que habla doctamente (ob. cit., págs. 27 y 44) de los principios del derecho canónico sobre la responsabilidad de los delitos de culpa, escribe que «la intención es el *porro*

contramos que las exigencias de la práctica se imponen y que, en algunos casos, el homicidio fortuito no quedaba exento de pena (1). Conforme nota, siempre cautamente Venezian (2), la cuestión de la responsabilidad objetiva impersonal se propone en los estatutos con una insistencia que pone de manifiesto la necesidad de su reconocimiento entero y explícito. Alberico de Rosate escribe que la responsabilidad por los hechos de los dependientes está sancionada en los estatutos de Italia, y que se encuentra útil, oportuna y no excesivamente gravosa. Bartolo, que después será combatido por Baldo, afirma que los amos quedan obligados por el delito de los criados, *quum ipsi delinquunt in ministerio in quo eorum opera utebatur dominus*, y un siglo después, Bartolomé Socino aplica á otros casos el principio del maestro.

Vemos, pues, que hasta el sistema filosófico-religioso que con la persuasión, la sugestión y hasta la violencia ejerció tanto influjo en la legislación penal de los Comunes, si bien impuso teóricamente sus principios de la imputabilidad moral, no siempre logró desterrar las consideraciones impuestas por la práctica, y los Comunes siempre tuvieron más ó menos en cuenta el agravio objetivo.

Y que esta idea eminente de defensa social se ha conservado hasta la época de la renovación del derecho penal, podemos deducirlo de una sentencia que Venezian toma de Fierli y que fué pronunciada por la Rota Florentina en 1795. En una casa de campo están reunidas varias personas que manejan

---

unicum de las disciplinas ético-religiosas, y que para las leyes canónicas tan sólo existe la consideración ética del acontecimiento nocivo.»

(1) C. Calisse, *Storia del diritto penale*, pág. 174. Florencia, 1895.

(2) Venezian, ob. cit., pág. 90.

sin cuidado una escopeta cargada. El tiro parte, no se sabe por obra de quién, y hiere á un labrador que se encuentra también dentro de la casa. El tribunal juzgó responsable al dueño de la casa, porque no debía permitir el manejo imprudente del arma y porque «el tercero, que es inocente, ha de estar seguro en la casa en que se halla». Es una máxima que no sabríamos justificar en cada uno de los casos en que puede presentarse, pero que de todos modos deja ver claramente que la idea de responsabilidad siente la necesidad de desligarse de las de voluntad, é imputabilidad, que la ahogan y tratan de aplastarla.

El otro principio según el cual el resarcimiento del daño que nadie puede ser llamado á indemnizar viene á ser obligatorio para la colectividad, representada por un grupo más ó menos extenso, es común en las legislaciones de los pueblos primitivos, y Pertile (1) hasta lo enumera entre los vicios de aplicación de la pena que distinguen un período bárbaro. Ciertamente que este principio, entendido y aplicado como lo aplicaban los bárbaros, es falso é injusto, pero de todos modos nos importaba recordarlo aquí para hacer ver que, ya desde el surgir de la sociedad, son vivas y sentidas las dos siguientes ideas, eminentemente sociales y positivas: que el daño siempre debe ser reparado, y que hay un estrecho vínculo entre el grupo y cada uno de los que forman parte de él.

Las varias comunidades responsables son: el *Mundium* entre los franco-sálicos, el *Friborg* entre los anglo-sajones, el *Banggildis* y la *Upnd madinem* entre los escandinavos, la *Adquila* entre los musulmanes.

Du Boys (2) menciona la siguiente ley anglo-sa-

---

(1) *Pertile,* ob. cit.

(2) C. Du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes,* vol. I., pág. 168. Paris, 1854.

jona, promulgada por el rey Eduardo: los habitantes de todas las aldeas del reino, serán sin excepción clasificadas de diez en diez de tal modo que, si una de las diez comete un delito, las otras nueve respondan de él ante la justicia, y si no puede castigarse al individuo, entonces el jefe del lugar, el *heofod friborges,* suplirá á ello con sus propios bienes y con los de su *Friborg.*

Así también entre los francos y los germanos, al sistema de las multas y de las composiciones corresponde un vasto sistema de garantía ó responsabilidad solidarias, que abraza en sus múltiples redes á todos los individuos de las diversas clases del pueblo (1).

Entre los musulmanes, la no imputabilidad del autor del daño trasladaba la responsabilidad de éste á la Aâquila: así, por regla general, vienen á cargo de ésta las lesiones inferidas por imprudencia y la falta del niño que obra sin discernimiento (2). Y llegando á legislaciones más evolucionadas, sabemos que en los códigos de Federico II, bastante humanos y civilizados, era imputada á toda la comunidad la responsabilidad por maldades personales ó crímenes privados que hubiesen quedado impunes, y en la legislación de la época bárbara, podían ser llamados á responder del daño pecuniario todos los habitantes de las localidades en que se había experimentado el daño, y como observa Pertile (3), la obligación de la indemnización se extendía á veces á los habitantes de toda la provincia.

Du Boys, que, precursor en esto de los sociólogos más modernos, busca las semejanzas existentes entre las leyes y las costumbres primitivas de los pueblos

(1) C. du Boys, ob. cit., pág. 169.
(2) Idem, ibidem, pág. 274.
(3) Pertile, ob. cit., vol. V, párr. 382.

que han alcanzado un grado de civilización y las de pueblos todavía salvajes, recuerda que en la isla Otahiti los viajeros encontraron el uso que de la conducta del pueblo residente en un distrito, fuese responsable el jefe que en él tenía jurisdicción (1). Pero para encontrar tales principios no hay que rebuscar en la historia del derecho: existen legislaciones modernas de pueblos civilizados que dan muestras de aceptar en parte el principio de una responsabilidad colectiva. Aludimos á Servia y á China.

En el tercer Congreso de antropología criminal, celebrado en Bruselas en 1892, Ou-Tsung-Lien habló sobre la responsabilidad del grupo y refirió una característica costumbre en China. Allí, los prefectos, que ejercen á un tiempo funciones políticas, judiciales y de policía, son castigados por los delitos de sus administrados y premiados con largueza si la criminalidad es escasa en sus provincias: otro tanto se acostumbra entre los padres de familia. De aquí, para Ou-Tsung-Lien, el impulso y la actuación de muchas medidas preventivas, y los buenos resultados, ya que en una población de cuatrocientos millones de habitantes, las condenas capitales oscilan entre diez y veinte al año.

Después, Vassitch habló de una ley de Servia que tiene la mayor importancia. Según ella, los municipios están obligados á resarcir á los ciudadanos cuyos bienes fueron destruídos por un incendio manifiestamente debido á la malevolencia, cuando el autor del incendio sea desconocido ó insolvente.

Por lo demás, sin entretenernos más tiempo en legislaciones antiguas, en disposiciones sueltas de legislaciones modernas, los dos principios que nos ocupan y que tanta importancia tienen, podemos encontrarlos defendidos por filósofos, sociólogos,

(1) Du Boys, ob. cit., vol. I., pág. 453.

economistas modernos, y el primero, el que se refiere á la responsabilidad sin culpa, sancionado por legislaciones extranjeras y aceptado en buena parte por nuestra jurisprudencia contemporánea.

Responsabilidad, escribía Venezian (1), es correlativo de libertad, y donde hay poca libertad no hay en modo alguno responsabilidad; y un valioso cultivador de derecho administrativo, Orlando (2), se expresaba en un hermosísimo estudio en los términos siguientes: «Si dirigimos la mirada al campo científico, las dos fuerzas fundamentales y opuestas que se disputan acerbamente el campo de la sociedad moderna, llevan hoy á concluir en favor de un concepto más extenso de la responsabilidad en los hechos no intencionales, porque la idea individualista no puede afirmar la autonomía individual mejor que haciendo corresponder, á una dosis mayor de libertad, una dosis mayor de responsabilidad; la otra, la socialista, atendidos los múltiples vínculos que quieren crearse entre la colectividad y el individuo, impone á aquélla y á éste obligaciones especiales y graves que serían cosa bien mezquina sin las rigurosas sanciones de múltiples responsabilidades».

En otra parte de su ensayo, Orlando hace notar que la nueva forma de responsabilidad á que se tiende prescinde de la idea de culpa, que habrá de admitirse que un hecho lícito puede comprometer en ciertos casos la responsabilidad del que lo ha llevado á cabo, y concluye (3): «Todo el que en el ejercicio de una empresa ó de una actividad cual-

---

(1) Venezian, ob. cit., pág. 89.
(2) Orlando, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità dello Stato*, en el *Archivio di diritto pubblico*, pág. 243, Julio-Agosto, 1893.
(3) Orlando, ob. cit., pág. 362.

quiera cause al derecho ajeno un daño que parezca consecuencia directa ó indirecta de aquella actividad, ha de resarcir este daño, no importando nada que en el acontecimiento dañoso no haya pecado el agente por negligencia ó por imprudencia, y cuando hasta el acontecimiento mismo, aisladamente considerado, pueda aparecer como dependiente de caso fortuito ó fuerza mayor». El egregio profesor no llega hasta afirmar que el principio «todo derecho lesionado debe ser resarcido», pueda admitirse literalmente como canon de derecho. Tal afirmación, á la que por lo demás propende Orlando, le turba, y tiene razón, toda vez que no ha pensado que por encima de la responsabilidad del particular hay la del Estado, que tiene la representación y la tutela de los particulares.

Todos los que en materia de accidentes del trabajo aceptan la teoría del riesgo profesional, desenvuelta por Exner en Alemania y popularizada en Italia por Fusinato (1) y sostienen por lo tanto que corresponde á los operarios la acción contra los patronos aun en el caso de no estar probada la culpa de éstos, prescinden por completo de la imputabilidad, de la voluntad y de la voluntariedad, dejan aparte las teorías del derecho romano, y si bien quieren inspirarse en éste, tratan de rejuvenecer los antiguos principios del *neminem laedere* y del *cuius commoda eius et incommoda*.

Entre los muchos que militan bajo esta nueva bandera, no debe olvidarse á Coviello (2), egregio civilista que, si bien da muestras de despreciar á los positivistas, á los amadores de novedades, si bien insiste en que la regla del derecho es la de

(1) Fusinato, *Infortuni sul lavoro nel diritto civile*, Roma, 1887.
(2) N. Coviello, ob. cit.

que para haber responsabilidad ha de haber imputabilidad, viene á admitir con argumentos jurídicos, por vía de excepción, la responsabilidad sin culpa. Pero á Coviello se le puede objetar que el principio: «no hay responsabilidad sin culpa», si puede ser absurdo en la práctica, teóricamente es claro, lógico cuando se aplica en todas sus consecuencias; pero en cuanto empiecen á admitirse excepciones y limitaciones, ay de la regla: las excepciones, las limitaciones, irán siempre aumentando en número, y la regla se convertirá en excepción.

Entre los juristas, además de los que hemos visto á su tiempo, tenemos á Loenig que para bien de la jurisprudencia desea «que el derecho positivo se libere definitivamente del pensamiento de que sólo la culpa puede fundar la obligación del resarcimiento»; á Strohal, que quita á toda acción culpable la base de la voluntad, porque la obligación derivada de la acción culpable está subordinada al principio de que cada uno responda de todo cuanto emana de su individualidad, y finalmente á Pfaff, que más enérgico aún, escribe: «Las bases de la obligación del resarcimiento, que todavía han de cubrirse con el velo de la imputación, demasiado estrecho para ellas, resaltarán en plena luz y el combatido agravio objetivo aparecerá claramente como verdadera base de la obligación del resarcimiento» (1).

Después, no ha de olvidarse que hasta en los trabajos preparatorios de nuestro Código penal, se vió que la prevedibilidad no era una base suficiente y sólida para levantar sobre ella el complejo edificio de los delitos de culpa. Entonces, si por expresa

(1) Los tres juristas alemanes son recordados por Venezian en la pág. 101 de su hermosa obra tantas veces citada.